DIE VINDIKATION

DER

INHABER- UND ORDERPAPIERE

NACH DEM

GELTENDEN DEUTSCHEN RECHT.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FACULTÄT

DER

KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

ZUR ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

VORGELEGT VON

EDUARD KNITTEL

Referendar in Strassburg.

STRASSBURG

Universitäts-Buchdruckerei von J. H. Ed. Heitz

(Heitz & Mündel)

1890.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542727_0168

DEM ANDENKEN MEINES BRUDERS

cand. med. KARL KNITTEL

GEWIDMET.

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 7
§ 2. Die gesetzlichen Bestimmungen 12
§ 3. Begriff der Vindikation im Allgemeinen 18
§ 4. Die rechtliche Natur der Inhaber- und Orderpapiere . . . 20
§ 5. Die rechtlichen Folgen 41
§ 6. Das Eigentum an Inhaber- und Orderpapieren 49
§ 7. Das Resultat 74

§ 1.

Einleitung.

«Die Papiere auf den Inhaber haben mit den Orderpapieren, mit denen sie so vieles gemeinsam haben, auch das gleiche Schicksal geteilt, dass über die Natur desselben die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden sind,»[1] so etwa lautet die stereotype Einleitung in die Lehre dieser Materie. «Unter die allerbestrittensten Fragen gehört die der Vindikation,»[2] heisst es dann weiter in der Mitte jeder Abhandlung, so dass wir uns zum Schlusse nicht sonderlich enttäuscht finden werden, wenn wir die Versicherung vernehmen, die Inhaberpapiere seien ein ganz eigenartiges Geschöpf, ein rätselhaftes Wesen,[3] eine abenteuerliche Rechtsdichtung;[4] alles an ihnen sei «abnorm» und «höchst auffallend»; sie seien eine wahre Curiosität im Rechtssysteme, «und wer alle über dieselben nur aus faktischer Convenienz und aus Billigkeitsrücksichten entstandenen gesetzlichen Bestimmungen unter ein streng juristisches Princip

---

[1] Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, p. 1. Platner, Ein Beitrag zu der Lehre von den Inhaberpapieren im Archiv für die civ. Praxis, B. 42 p. 111. Souchay, Archiv f. d. civ. Praxis, B. 10 p. 143.

[2] Unger l. c. p. 136. Renaud, Zeitschrift für deutsches Recht, B. 14 p. 346. Wolff in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, B. 7 p. 48. Schellwitz, De cautionum publicarum vindicatione: «hanc difficillimam materiam» p. 17.

[3] Unger in Grünhut's Zeitschrift 1 p. 371.

[4] Röder, Grundgedanken u. Bedeutung des röm. u. german. Rechts 1855 p. 101.

bringen wollte, der möchte lange vergeblich die Sonne um Mitternacht suchen». [5]

Der Kampf um die juristische Natur der Inhaber- und Orderpapiere wütet mit fast ungebrochener Heftigkeit noch immer fort. Es gilt noch heute, was bereits 1857 Unger hervorhob: «Beinahe jeder Schriftsteller widerlegt die Ansichten seiner Vorgänger und stellt seine eigene Behauptung auf, um von seinem Nachfolger die gleiche Behandlung zu erfahren». [6] Noch immer erscheinen neue Lehrbücher mit neuen Theorien; es ist bereits geglückt, einen Theorienstammbaum [7] aufzustellen, so dass es ein leichtes sein wird, die künftigen Theorien bei der zugehörigen Familie unterzubringen. — Der Kampf um die Vindikation dagegen ist in eine andere Phase eingetreten:

Die Wechselordnung Art. 74 und das Handelsgesetzbuch Art. 307 haben mit scharfem Streiche das wirre Knäuel durchschnitten. Vor dem positiven Recht müssen sich selbst die widerspenstigsten Theoretiker beugen. Allein der Streit ist noch nicht beendigt; er hat sich nur auf ein anderes Gebiet hinübergespielt. Was hat die Gesetzgebung eigentlich über die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere bestimmt? heisst es jetzt. Sind ihre Bestimmungen zweckmässig oder nicht? Hinsichtlich beider Fragen herrscht durchaus keine Uebereinstimmung; es sind nur noch neue Streitpunkte aufgetaucht: Während die Einen triumphiren, die Gesetzgebung habe nun den einzig richtigen, der Natur der Sache und dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart [8] entsprechenden Weg eingeschlagen, vernehmen wir von der gegnerischen Seite die schärfsten und absprechendsten Urteile: Durch Art. 307 des HGB. werde im Interesse des Börsenverkehrs dem wichtigsten Teile des Capitalvermögens in der wesentlichsten Beziehung der Rechtsschutz

---

[5] Souchay, Archiv f. d. civ. Praxis, B. 10 p. 155.

[6] Unger l. c. p. 1 unten. In demselben Jahre 1857 erschienen noch vier andere Abhandlungen mit vier verschiedenen Theorien. Vgl. Goldschmidt's Z. f H., B. 1 p. 178.

[7] Vgl. Lehmann, Lehrbuch des d. Wechselrechts 1886 p. 276. Lehmann referirt über vierundzwanzig Theorien, zu welchen seine eigene als die fünfundzwanzigste hinzukommt.

[8] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 28 p. 68.

entzogen ;[9] es handle sich dabei nur um rechtspolitische Rücksichten,[10] die nun ihre übervolle Befriedigung gefunden hätten ;[11] um einen ganz singulären Rechtssatz, der mit der sonstigen rechtlichen Natur der Inhaberpapiere in keiner Verbindung stehe.[12] Art. 307 bedeute eine Erschütterung des Eigentums, die zur Auflösung aller Grundlagen des Sachenrechts führe. Das wirkliche Recht werde zerstört, um an seiner Stelle das System eines blossen Scheinrechts zu etabliren.»[13] Das Eigentum sei also nur noch eine blosse Illusion, da ihm das Recht den Schutz versage.

Allein einer Wahrnehmung können wir uns nicht entziehen. Der Sieg scheint sich auf die eine Seite zu neigen; immer entschiedener und immer bestimmter sehen wir in der Litteratur eine Ansicht auftreten, die es versucht, das zertrümmerte, in ein wirres Chaos, in ein «Durcheinander der Principien und principloser Theorien»[14] zerfallene Gebäude auf Grund der Bestimmungen des positiven Rechts neu aufzuführen, ine Ansicht, der auch die Zukunft gehören wird.[15] Es tritt uns hier dieselbe Thatsache entgegen wie auch sonst in der Jurisprudenz : Die Praxis und die Gesetzgebung sind der Theorie weit voraus.[16] Viele können sich nicht entschliessen, ihre Ansichten, die sie so lange verfochten, preiszugeben ; sie ziehen es vielmehr vor, trotz der klaren, einfachen Principien des Gesetzes, sogar entgegen dem einfachen, für jeden Laien leicht verständlichen Wortlaute weiterzuwandeln in dem alten, aus-

---

9 Gerber, System des. d. Privatrechts, 15. Aufl., p. 301, Anm. 13.

10 Stobbe, Handbuch des d. Privatrechts III p. 211.

11 Gerber l. c. p. 301 Anm. 12.

12 Gerber l. c. p. 301 Anm. 12.

13 Gerber l. c. p. 191. Vgl. auch die Citate bei Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren 1857, p. 654, «wider die gesunde Rechtsmoral».

14 Kuntze l. c. p 259 unten; ferner eod. p. 258 unten.

15 Vgl. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 28 p. 67 u. 68; ferner auch Lehmann l. c. p. 186. Es ist dies die Ansicht, die schon im französischen Code de Commerce recipiert worden war.

16 Vgl. z. B. Lehmann l. c. p. 106 über die Auffassuug des Wechsels als Skripturobligation.

gefahrenen Geleise, und sich mit dem Gesetze zurechtzufinden, so gut es eben geht, oft genug auf Kosten der Logik.

Angesichts der so widerstrebenden Meinungen, die das Institut der Inhaber- und Orderpapiere in Deutschland hervorgerufen hat, scheint es vielleicht angezeigt, den Stand dieser Lehre auch in anderen Ländern, namentlich in Frankreich zu verfolgen. Die Inhaber- und Orderpapiere, wenigstens in ihrer modernen Gestalt, scheint Deutschland von Frankreich überkommen zu haben.[17] In den älteren deutschen Abhandlungen spricht man meistens nur von Papieren oder Obligationen au porteur;[18] diese Terminologie ist selbst in Gesetze übergangen.

Man sollte demgemäss annehmen, diese mannigfachen Controversen müssten auch die französischen Juristen beschäftigt haben. Das Ergebniss der Untersuchung jedoch muss sehr überraschend ausfallen: Die juristische Construction der Inhaberpapiere scheint keine Schwierigkeiten zu machen; in den umfangreichen Handelsrechtscompendien von Pardessus und Alauzet finden wir kaum ein Wort darüber; Folleville streift ihre rechtliche Natur in seiner umfassenden Monographie[19] nur ganz flüchtig. Bei der Frage der Vindikation, die ja mit der Frage der juristischen Natur auf das innigste zusammenhängt, begegnen wir zwar einigen wenigen Differenzen, über ihr Princip jedoch herrscht vollständige Uebereinstimmung; il est de l'aveu de tout le monde,[20] cela est d'évidence, cela est admis par tous,[21] heisst es überall.

Es muss diese communis opinio doctorum noch um so rätselhafter erscheinen, als das gesammte französische Rechtssystem die Inhaberpapiere nur ein einziges Mal ganz beiläufig erwähnt, nämlich im Code de Commerce Art. 35: «La cession (de l'acte au porteur) s'opère par la tradition du titre», also sie

---

[17] Vgl. Kuntze l. c. p. 86 oben.

[18] Noch Kuntze in seiner Titelüberschrift. Er spricht «von dem bisher noch ungebräuchlichen Ausdruck ‚Inhaberpapier' statt ‚Papier au porteur'» p. 172 Anm. 4.

[19] Traité de la possession des meubles et des titres au porteur. 1875.

[20] Folleville l. c. p. 122.

[21] Laurent, Principes de droit civil français B. 32 p. 585 u. 612.

noch dürftiger behandelt als das deutsche HGB.,[22] und die französischen Juristen dabei erklären, die Bestimmung des Art. 35 sei völlig überflüssig, sie ergebe sich schon von selbst mit zwingender Notwendigkeit aus der Natur der Sache: la déclaration de l'art. 35 du Code de Commerce est superflue.[23]

Uebrigens scheint es schon von vornherein nicht recht begreiflich, dass eine so einfache Sache, wie z. B. ein Wechsel oder eine Eisenbahnobligation, wirklich ein so armseliges und verkümmertes Wesen sei, als welches es uns in der Litteratur zu Anfang dieses Jahrhunderts erscheint, ein wahres Schmerzenskind, das aller juristischen Erziehungskünste spottet, ein «Proteus» der Jurisprudenz, und dass besonders die in der Praxis so wichtige Frage der Vindikation die vielen widersprechenden Ansichten habe hervorrufen können und heute noch hervorruft. Im Verkehr handhabt sich das Institut der Inhaber- und Orderpapiere doch so leicht; eine Banknote der Reichsbank geht von Hand zu Hand so bequem wie ein Geldstück, und der Wechsel ist der unentbehrliche und sicherste Faktor für die Vermittlung der Capitalien und die Beschaffung des Credits nicht bloss der Kaufleute geworden; «der Wechsel, das Staatspapier und die Aktie sind ja die Seele der modernen Gesellschaft».[24]

Die Lösung aller dieser Widersprüche und Schwierigkeiten soll in folgendem versucht werden.

Es beschäftigt uns hier die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere nach dem geltenden deutschen Recht. Dabei ergeben sich die folgenden drei Fragen:

1. Was ist Vindikation?
2. Was sind Inhaber- und Orderpapiere?
3. Welche Bestimmungen enthält das deutsche Recht über die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere?

Die letzte Frage soll im weitern zuerst erörtert werden.

---

[22] Stobbe l. c. führt «das Schwanken der Theorie» hauptsächlich auf den Mangel gesetzlicher Normen zurück, p. 203 oben.

[23] Folleville l. c. p. 306.

[24] Kuntze l. c. p. 258.

§ 2.

Die gesetzlichen Bestimmungen.

I. Die Rechtsverhältnisse an Inhaberpapieren, Rechtserwerb, Rechtsverlust und Rechtsverfolgung, sind gemeinrechtlich durch Art. 307 des deutschen Handelsgesetzbuches geregelt, und zwar nicht bloss für den spezifischen Handelsverkehr, sondern zugleich auch für das Gebiet des gesammten Civilrechts. Das Handelsgesetzbuch bestimmt nämlich in Art. 307 (ergänzt aus Art. 306):

«Wenn Papiere auf Inhaber veräussert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war, und die Veräusserung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe geschehen ist, und die Papiere gestohlen oder verloren waren. Das früher begründete Eigentum erlischt, sowie jedes dingliche Recht, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräusserung unbekannt war.»

Der Kampf um diesen Artikel in der Nürnberger Commission war ein sehr lebhafter; es wurden schwere Bedenken gegen ihn erhoben. Schon in der 55. Sitzung der dritten Lesung, als zum ersten Male ein Antrag auf Aufnahme desselben in das HGB. eingebracht wurde, wurde geltend gemacht, die Bestimmungen gehörten ins Civilrecht, «es müssten also Bedenken über die Competenz der Versammlung entstehen».[1]

Der Antrag wurde durch die entscheidende Stimme des Präsidenten abgelehnt. In der 562. Sitzung jedoch wurde er wieder erneuert und ging schliesslich unter heftigen Debatten, bei denen wieder die Frage der Competenzüberschreitung eine wesentliche Rolle spielte (der Vertreter der preussischen Regierung erklärte nach der Abstimmung, er wünsche ausdrücklich ins Protokoll aufgenommen zu sehen, dass er nicht zugestimmt habe und den eben gefassten Beschluss als die Com-

[1] Protokolle der Commission zur Beratung eines allg. d. Handelsgesetzbuches p. 493 u. 494.

petenz der Versammlung überschreitend ansehe),[2] nur durch die entscheidende Stimme des Präsidenden durch.[3] Es ist somit durch die Protokolle deutlich genug erwiesen, dass die Gesetzgebungscommission die Rechtsverhältnisse der Inhaberpapiere nicht nur für den Handelsverkehr, wie man ja zur Not aus der Ueberschrift des vierten Buches «von den Handelsgeschäften» schliessen könnte, sondern überhaupt für den ganzen bürgerlichen Rechtsverkehr regeln wollte, ein Ergebniss, zu dem jeder unbefangene Leser des Art. 307 ohne weiteres gelangen muss. Ob die Commission damals ihre Competenz überschritten habe und deshalb vielleicht die Bestimmung des Art. 307 in dieser Ausdehnung ungültig sei oder nicht, ist heute für uns eine völlig überflüssige Frage. Die Competenzüberschreitung ist, juristisch ausgedrückt, durch dreifache Ratihabition erledigt worden: einmal durch die Einführung des HGB. in den einzelnen deutschen Staaten als Landesgesetz zu Beginn der sechziger Jahre, dann durch die Einführung desselben als Bundesgesetz durch Gesetz vom 5. Juni 1869 im Gebiete des norddeutschen Bundes, und schliesslich durch dessen Einführung als Reichsgesetz im neuen Deutschen Reiche. In manchen deutschen Einzelstaaten ist übrigens dem Art. 307 ausdrücklich, um jedes Missverständniss zu beseitigen, durch Einführungsgesetze auch für das bürgerliche Recht Geltung zugesprochen worden, und zwar in Mecklenburg, Hannover, Hamburg und Bremen.

Einige Juristen, Kräwell und Gad,[4] behaupten, der Zusatz des Art. 307 «auch wenn die Veräusserung nicht von einem Kaufmann in dessen Gewerbebetrieb geschehen ist,» leugne nur das Erforderniss der «Veräusserung im Handelsbetriebe»; Art. 307 erfordere also jedenfalls die Veräusserung von Seiten eines Kaufmanns, es sei nur gleichgültig, ob die Veräusserung im Handelsbetriebe oder nicht im Handelsbetriebe erfolgt sei, also ob z. B. der Banquier die Staatsschuldenbriefe seiner Tochter

---

[2] Protokolle p. 4621.

[3] Protokolle p. 4611.

[4] Kräwell, Commentar zu Art. 307. Gad, Handbuch des A. D. Handelsrechts I, p. 150.

als Mitgift mitgiebt oder an seinem Comptoir an einen Kunden verkauft. Diese Auffasung widerspricht, wie v. Hahn und Goldschmidt bemerken, nicht nur dem Geiste, sondern sogar «dem klaren Wortlaut des Artikels».[5] Art. 306 erfordert die Veräusserung von Seiten eines Kaufmanns in dessen Handelsbetriebe; diese Voraussetzung will Art. 307 möglichst genau und vollständig für die Veräusserung von Inhaberpapieren negiren. Deshalb ist die Fassung auch so gekünstelt und schwerfällig und vielleicht doch etwas zweideutig ausgefallen.

Wir werden daher der Commission nur dankbar sein, dass sie unbekümmert um Formalitäten und Competenzüberschreitungen dieses ängstliche Anklammern an die ihr erteilte Instruktion, nur das Handelsrecht zu regeln, welches auch sonst im HGB. zu manchen Controversen und «Incongruenzen» Anlass gegeben hat, für einen Augenblick vergessen und dadurch Art. 307 auch auf den bürgerlichen Rechtsverkehr ausgedehnt hat. Eine Scheidung der Inhaberpapiere in Handels- und bürgerliche Inhaberpapiere wäre übrigens durchaus unmöglich gewesen und hätte zu den grössten Unzuträglichkeiten geführt, wie sich ja auch die Scheidung der Aktiengesellschaften in Civil- und Handelsaktiengesellschaften auf die Dauer nicht halten liess.

II. Für sämmtliche Rechtsverhältnisse an Orderpapieren, also auch für deren Vindikation gelten gemeinrechtlich nur die Bestimmungen des Art. 305 HGB. und des Art. 74 WO. Von Orderpapieren erwähnen das HGB. und die WO. zehn Gruppen; es sind dies die folgenden:

1. und 2. Anweisungen und Verpflichtungsscheine, welche von Kaufleuten über Leistungen von Geld oder einer Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere ausgestellt sind, ohne dass darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, wenn sie an Order lauten (HGB. Art. 301).

3. Konnossemente der Seeschiffer.

4. Ladescheine der Frachtführer.

---

[5] v. Hahn, Commentar zum allg. d. HGB. II p. 151. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p. 57.

5. Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) über Waaren oder andere bewegliche Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind.

6. Bodmereibriefe.

7. Seeassekuranzpolizen,

diese sämmtliche ebenfalls nur, wenn sie ausdrücklich an Order lauten (HGB. Art. 302).

8. Aktien, welche auf Namen lauten und auf einen Betrag von mindestens eintausend Mark gestellt sind (HGB. Art. 182 und 220).

9. Interimsscheine (HGB. Art. 183 und 220).

10. Wechsel (WO. Art. 9),

diese drei letzteren, auch wenn sie die Orderclausel nicht enthalten. Der Wechsel ist das Orderpapier; er ist Orderpapier von Natur; die Orderqualität ist naturale cambii, und um ihm diese Eigenschaft zu nehmen, bedarf es der ausdrücklichen Clausel «nicht an Order» (WO. Art. 9, Abs. 2). Das Gleiche gilt auch von den unter 8 und 9 erwähnten Namensaktien und Interimsscheinen.[6]

Es giebt demgemäss Orderpapiere des Handelsrechts und des Wechselrechts, aber gemeinrechtlich keine des Civilrechts im engeren Sinne. Für alle Orderpapiere jedoch, sowohl für die des Handelsrechts als auch für die des Wechselrechts, gelten hinsichtlich der Vindikation die Vorschriften der WO. Art. 74. Für die unter 1 bis 7 erwähnten Papiere ist dies ausdrücklich durch HGB. Art. 305 bestimmt:

«Für Papiere, welche an Order lauten und welche durch Indossament übertragen werden können (Art. 301 und 302), gelten in Betreff ... der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe die Bestimmungen, die Art. 74 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung in Betreff des Wechsels enthält», und Art. 74 der WO. bestimmt:

«Der durch eine zusammenhängende, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten legitimirte Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten

---

[6] Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 1875, p. 424.

werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.»

Für Namensaktien und Interimsscheine ist zwar keine ausdrückliche Anordnung getroffen. Art. 182 (ebenso 220) bestimmt nur, dass für dieselben in Betreff der Form des Indossaments Art. 11 bis 13 der WO. zur Anwendung kommen; doch muss man ohne Bedenken annehmen, dass hinsichtlich der Vindikation Art. 74 der WO. in gleicher Weise wie für die übrigen Orderpapiere des Handelsrechts Geltung habe. Es liesse sich diese Auffassung vielleicht auf folgende Art begründen:

Das HGB. regelt die Vindikation der Namensaktien und Interimsscheine nicht. Enthält nun das Gesetzbuch keine Bestimmungen, so kommen nach HGB. Art. 1 die Handelsgebräuche und in deren Ermanglung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung. Handelsgebräuche giebt es für unseren Fall nicht, also gilt bürgerliches Recht. Das bürgerliche Recht enthält Bestimmungen über Vindikation von Orderpapieren nur im Wechselrecht; denn Wechselrecht ist auch bürgerliches Recht. Also gilt für die Namensaktien und Interimsscheine ebenfalls Art. 74 der WO.

Nur könnte man dagegen einwenden: Das Wechselrecht ist ein Recht für sich, zwar ein Teil des gemeinen Civilrechts, doch ein ganz eigenartiger Teil, der von dem übrigen Privatrecht scharf geschieden werden muss, ein Recht ausschliesslich des Wechsels und der Wechselrechtsverhältnisse. Auch spricht Art. 74 nur vom Besitzer eines Wechsels, und nicht von Orderpapieren. Trotzdem muss man die Geltung des Art. 74 der WO. auch für die indossabeln Namensaktien und Interimsscheine zulassen, da es durchaus inconsequent wäre, für die Orderpapiere der Art. 301 und 302 das Recht des Art. 74 der WO. zur Anwendung zu bringen, für die Orderpapiere der Art. 182 und 220 dagegen ein anderes Recht. Die besonderen Eigentümlichkeiten des Wechsels, namentlich der springende Regress, sind für Aktien und Interimsscheine durch HGB. Art. 182, Abs. 3 ausdrücklich ausgeschlossen, da derselbe nur die Anwendung der Form des Indossaments nach Art. 11 bis

13 der WO. zulässt. Auch steht der analogen Ausdehnung der Bestimmungen des HGB., also hier des Art. 305 auf sämmtliche Orderpapiere nicht das geringste im im Wege.

In der 581. Sitzung der Nürnberger Conferenz war von mehreren Mitgliedern der Antrag gestellt worden, in Art. 182 neben den Art. 11 bis 13 der WO. auch noch Art. 74 ausdrücklich zu citiren.[7] Widerspruch wurde gegen diesen Antrag nicht erhoben, doch wurde er mit 9 gegen 5 Stimmen abgelehnt.[8] Hieraus kann man jedoch nicht im geringsten den Schluss ziehen, dass damit die Anwendung des Art. 74 ausgeschlossen sei. Die Ansichten der Commissionsmitglieder sind, soweit sie nicht Gesetz geworden, für uns nicht bindend; die Commissionsberichte sind nicht Gesetz, sondern sollen uns nur die Interpretation des Gesetzes erleichtern. Wenn die in den Commissionsberichten geäusserten Ansichten mit dem Sinne des Gesetzes in Widerspruch stehen, so geht nicht der Commissionsbericht, sondern das Gesetz vor. Warum der Antrag auf Beifügung des Art. 74 abgelehnt wurde, ist nicht ersichtlich; Gründe wurden nicht angegeben und lassen sich auch keine geltend machen. Ueberhaupt war Art. 74 der WO. sowohl in der Leipziger Wechselconferenz als auch in der Nürnberger Gesetzgebungscommission Gegenstand der mannigfachsten Zweifel und Bedenken.

Es wird sich übrigens später zeigen, dass aus der Natur der Orderpapiere sich die Anwendung des Art. 74 der WO. auf indossable Namensaktien und Interimsscheine schon ganz von selbst ergiebt.

Wir kommen demnach zu folgendem Ergebniss:

Für die Vindikation sämmtlicher Inhaberpapiere ist nur massgebend Art. 307 des HGB., und für die Vindikation sämmtlicher Orderpapiere ist nur massgebend Art. 74 des WO.

---

[7] Protokolle p. 5072. Vgl. auch 5070.

[8] Protokolle p. 5073.

§ 3.

Begriff der Vindikation im Allgemeinen.

Die Vindikation, rei vindicatio (revendication), ist die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers einer beweglichen oder unbeweglichen Sache gegen den besitzenden Nichteigentümer auf Herausgabe derselben und auf Anerkennung des klägerischen Eigentums.[1] Die Vindikation oder Eigentumsklage ist bekanntlich eine sogenannte dingliche Klage, d. h. eine Klage aus einem dinglichen Recht, nämlich aus dem Eigentum, eine actio in rem, ja sogar die actio in rem, im Gegensatz zu der actio in personam (condictio) oder Forderungsklage: Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. l. 25 pr. D. (44. 7).

Die vindicatio ist die älteste, gewichtigste und schärfste, deshalb aber auch die schwerfälligste und gefährlichste Waffe, die dem Eigentümer zum Schutze seines Eigentums zusteht. Die Gefährlichkeit der rei vindicatio besteht in der vielberüchtigten probatio diabolica: Wer mit der Eigentumsklage durchdringen will, muss sein Eigentum an der Sache beweisen durch Produktion seines justus titulus. Hat der Kläger die Sache derivativ erworben, so muss er noch ausserdem das Eigentum aller seiner Rechtsvorgänger nachweisen, bis er auf einen auctor trifft, der die Sache originär erworben hat; denn wenn der Vormann nicht Eigentümer war, so kann es der Nachmann ebenfalls nicht werden: Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. l. 54 D. (50. 17).

Deshalb hat mit der Zeit der Prätor die reivindicatio verbessert durch die Erfindung der praescriptio temporis, so dass der Kläger schlimmsten Falls nur das Eigentum seiner auctores innerhalb der letzten 30, resp. 40 Jahre zu beweisen hatte. Aber trotzdem blieb sie noch immer eine altertümliche, schwer-

---

[1] In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper adversus eum est, qui rem possidet. l. 25 D. (44. 7).

fällige und unhandliche Waffe. Der Praetor schuf deshalb ein zweites Mittel zum Schutze des Eigentums, die sogenannte actio Publiciana, ursprünglich nur zum Schutze des Usukapionsbesitzes, dann aber auch vielfach vom wirklichen Eigentümer zum Schutze seines Eigentums benutzt, da sie trotz der geringeren Wirkung (der Beklagte konnte die exceptio dominii oder die exceptio quod eodem jure possideat, also die exceptio bonaefidei possessionis erheben) ein viel sichereres und leichter handliches Rechtsmittel bildete. Die actio Publiciana hat die reivindicatio fast vollständig verdrängt; es ist sogar schon von verschiedenen Schriftstellern behauptet worden, es habe keine von der Publiciana verschiedene Eigentumsklage gegeben.[2]

Es giebt demnach zwei Vindikationen: die reivindicatio und die Publiciana; die erstere setzt Eigentum voraus, die letztere Usukapionsbesitz. Beide dienen zum Schutze des Eigentümers gegen den, der ihm seine Sache vorenthält.

Nun ergiebt sich die Frage: Was soll denn die vindicatio und die Publiciana bei Inhaber- und Orderpapieren? Das «Läppchen Papier» ist doch Nebensache, und wenn es je zu einem Eigentumsstreite kommen sollte, so dürfte sich derselbe ganz einfach gestalten. Das römische Recht hat ja neben der vindicatio und der Publiciana noch eine Reihe von Schutzmitteln ausgebildet, die dem Eigentümer zur Verteidigung seines Rechtes zu Gebote stehen. Der Eigentumserwerb, -Verlust und -Schutz ist im Corpus Juris sehr genau geregelt. Und wozu denn die Eigentumsklage anstellen? Es kommt doch nur auf den Besitz des Papiers an, und diesen kann man sich viel leichter durch eine persönliche Klage, nämlich durch die actio ad exhibendum verschaffen. Das Papier an sich hat gar keinen Wert; das wichtigste ist die Forderung, die es enthält, und von einer eigentlichen Vindikation einer Forderung kann man nicht sprechen. Es giebt keinen Eigentümer von Forderungen; es giebt nur einen Gläubiger und einen Schuldner, und gegen den Schuldner wird die Forderung, geltend gemacht mit einer actio in personam, nicht mit einer actio in rem, d. h. einer vindicatio. Eine Vindikation setzt eine Sache voraus, an der

[2] Vgl. Puchta, Pandekten § 168 note c.

ein Eigentum möglich ist; eine Forderung ist keine Sache; es giebt an ihr kein Eigentum, überhaupt keine dingliche Beziehungen. «Forderungen kann man nicht vindiciren; sie kommen auch nicht abhanden.»[3] «Eine Vindikation einer Forderung ist ganz undenkbar.»[4] Oder haben vielleicht die Inhaber- und Orderpapiere eine besondere Eigentümlichkeit? Schon der Name scheint darauf hinzudeuten; man spricht ja nicht von Inhaber- und Order f o r d e r u n g e n, sondern von Inhaber- und Order p a p i e r e n.

Alle diese Fragen lassen sich nur beantworten durch die Erledigung unserer dritten und letzten Grundfrage:

Was sind Inhaber- und Orderpapiere, und welches ist ihre juristische Natur?

§ 4.

Die rechtliche Natur der Inhaber- und Orderpapiere.

I. Die rechtliche Natur der Inhaber- und Orderpapiere ist äusserst bestritten. Dass diese Papiere überhaupt die gleiche Natur besitzen, ist erst verhältnissmässig spät bemerkt und anerkannt worden. Noch K u n t z e spricht 1857 von «einem erst ganz neuerdings lebendig gewordenen Streben, Order- und Inhaberpapiere unter gemeinsame dogmatische Gesichtspunkte zu bringen».[1] U n g e r, dessen Abhandlung fast gleichzeitig mit der von K u n t z e erschienen ist, behandelt sie schon völlig parallel, allerdings auf falscher Basis.

Die geringe Kenntniss, die man bisher über die historische Entwicklung der Inhaber- und Orderpapiere besass, das Bestreben besonders, das römische Recht bei ihrer Construction zu verwerten, hat diese «kaum zu bewältigende Mannigfaltigkeit nach den verschiedensten Richtungen hin divergirender

---

[3] Thöl, Das Wechselrecht, 1873, p. 707.

[4] Gönner, Von Staatsschulden . . . p. 234, 238, 239.

[1] Kuntze l. c. p. 170. Vgl. auch p. 154.

Constructionsversuche»[2] hervorgebracht, die uns die Litteratur der Inhaber- und Orderpapiere als ein fast undurchdringliches Wirrsal erscheinen lässt.

Die Inhaber- und Orderpapiere sind ein deutschrechtliches Institut, und jeder Versuch, das römische Recht auf sie zur Anwendung zu bringen, muss hoffnungslos scheitern. Sie lassen sich durchaus nicht unter römische Rechtsbegriffe zwängen, sie werden völlig nur von deutschrechtlichen Principien beherrscht.

Die ältere Theorie, dass die Inhaber- und Orderpapiere Papiergeld seien, ist heute aufgegeben. Diese Ansicht war eine Zeitlang fast die herrschende. Auf der Leipziger Wechselconferenz wird hervorgehoben, dass «die Ansicht, der Wechsel sei eine Art Papiergeld, sich immer mehr Bahn breche».[3] Den Wechsel nannte man allgemein das Papiergeld der Kaufleute; «wie der Staat Papiergeld ausgiebt, so kann auch der Mann von Celebrität ein Papiergeld creiren».[4] Die Auffassung der Inhaberpapiere als Papiergeld ist selbst in Gesetze übergegangen: Die Inhaberpapiere wurden in Frankreich durch die législation intermédiaire als papier-monnaie verboten (D. 8 nov. 1792). Dass manche unter ihnen diese Eigenschaft haben können, ist unbestreitbar; eine Reichsbanknote wird allgemein für Geld gegeben und genommen. Aber hieraus lässt sich noch kein juristisches Merkmal abstrahiren: Ein Eisenbahn- oder Theaterbillet, ein Lotterielos, die unzweifelhaft Inhaberpapiere sind,[5] [6] ein Konnossement oder einen Bodmereibrief wird niemand als Papiergeld ansehen, nicht einmal eine Aktie. Die Inhaberpapiere sind keine allgemeine Wertmesser, noch viel weniger die Orderpapiere; sie haben auch keinen Zwangskurs, den viele als das Kriterium des Geldes ansehen.[7]

Auch die Auffasung der Inhaber- und Orderpapiere als Waare wird heute kaum noch vertreten. Ihren jüngsten Ver-

---

[2] Kuntze l. c. p. 258 unten.

[3] Protokolle der Leipziger Wechselconferenz § 739 p. 153.

[4] Einert, Das Wechselrecht . . . 1839, p. 49.

[5] Folleville l. c. p. 311 u. 314. — [6] Stobbe l. c. III p. 199 unten.

[7] z. B. Kuntze l. c. p. 431. Thöl, Das Handelsrecht 1879 p. 672. Renaud, Z. für deutsches Recht, B. 14 p. 324.

teidiger hat sie in Wolff gefunden in dessen Abhandlung über «Vindikation, Amortisation und Ausserkurssetzung von Papieren au porteur», 1864.[8] Allein Waare ist überhaupt kein juristischer, sondern ein rein wirtschaftlicher Begriff. Waare ist alles, was des Umsatzes fähig ist, was veräussert werden kann. Die gleiche Sache kann bald Waare sein, bald auch nicht.

Die Ansicht, die früher die meisten Anhänger zählte (1857 war sie die allgemein herrschende),[9] ist die Auffassung der Inhaber- und Orderpapiere als einfache Beweisurkunden. Es ist dies die Ansicht namentlich von Eichhorn, Schumm, Gönner, Mittermaier,' Renaud, Walter, Thöl, Savigny, Dunker, Hillebrand und unzähligen andern, speziell für den Wechsel vertreten z. B. von Thöl und Pöhls.[10]

Diese Auffassung iet nicht unrichtig; Inhaber- und Orderpapiere sind Beweisurkunden, können wenigstens als solche dienen. Beweisurkunde kann möglicherweise jeder körperliche Gegenstand sein, der einen Gedanken zum Ausdruck bringt. Allein damit ist ihr Wesen noch nicht erklärt. Aus ihrer Natur als Beweisurkunden ergiebt sich kaum eine einzige der vielen Eigentümlichkeiten, die an ihnen hervortreten. Viele begnügen sich mit dem Bemerken, die Forderung werde formlos cedirt durch Uebergabe der Schuldurkunde, jedoch seien Einreden ex persona cedentis ausgeschlossen. Auch die Anwendung der lex Anastasiana sei unzulässig, doch sei dies alles nur eine Folge der Inhaberclausel, welcher «die gemeine Gewohnheit verbindliche Kraft beigelegt habe».[11] Der Schuldner sei verpflichtet, an jeden Inhaber zu zahlen. Da das Papier nur Beweisdokument sei, so könne die Forderung auch ohne dasselbe bestehen: «das Forderungsrecht ist durch die Existenz der Urkunde nicht absolut bedingt» (Gönner, Schumm, Gengler, Mittermaier etc.).

---

[8] Wolff in Goldschmidt's Z. f. H., B. 7 p. 46 u. 49.

[9] Vgl. Unger l. c. p. 18.

[10] Pöhls, Wechselrecht II p. 595 u. 596.

[11] z B. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen d. Privatrechts p. 405. Vgl. über ihn Kuntze l. c. p. 136, 137 u. namentlich Unger l. c. p. 19 ff.

Warum dies alles so sei, warum namentlich Einreden ex persona cedentis absolut ausgeschlossen seien, wird nicht erklärt. Dass es aber so sei, ist fast der einzige unbestrittene Punkt in der gesammten Lehre der Inhaberpapiere.

Thöl fasst namentlich die Inhaberpapiere noch immer als Beweisurkunden auf, deren Zweck in der Leichtigkeit des Legitimationsnachweises liegt: «der Besitz soll den Beweis jeglichen Legitimationsverhältnisses vertreten und ersetzen.»[12] Im übrigen ist das Dokument völlig wertlos, «ein Läppchen Papier.»[13] Von Wert ist es nur zum Beweise der Forderung. Der Eigentümer ist nicht zugleich Gläubiger; er kann es sein, aber notwendig ist es durchaus nicht.[14] Wie soll aber dann der redliche Erwerber eines gestohlenen Papiers das Eigentum am Papier und zugleich die Forderung miterwerben, wie dies Art. 307 des HGB. vorschreibt und Thöl selbst zugiebt?[15] Durch den Erwerb des Eigentums an einer blossen Beweisurkunde werde ich noch nicht Gläubiger. Dadurch dass dem wahren Gläubiger die Beweisurkunde gestohlen wird, verliert er seine Forderung noch lange nicht, und der spätere redliche Erwerber der Urkunde kann wohl Eigentümer des Papiers werden, aber durchaus nicht die Forderung miterwerben.[16]

Thöl sucht über diesen Widerspruch durch eine sehr geschraubte und gekünstelte Argumentation hinauszuhelfen: Der frühere Gläubiger müsse die Gläubigerschaft des redlichen Erwerbers anerkennen; die Vindikation der Forderung gegen denselben sei also ausgeschlossen, «weil die Vindikation ein Widerspruch im Willen des Vindikanten wäre, freilich nicht in seinem rein egoistischen Willen, aber in seinem auf das In-

---

[12] Thöl, Das Handelsrecht, 1879, p. 675.

[13] Thöl l. c. p. 708 Anm. 27 u. p. 679. Derselbe, Wechselrecht p. 707.

[14] Thöl, Handelsrecht p. 678, 679.

[15] eod. p. 667.

[16] Vgl. Unger p. 27 u. 44. Bekker, Jahrb. des gem. Rechts I, p. 280, 281. Souchay l. c. p. 151 unten u. 152, p. 147 unten u. 148. Derselbe in der Z. f. deutsches Recht, B. 11 p. 4. Pappenheim, Begriff . . . der Inhaberpapiere p. 36.

teresse des Verkehrs gerichteten Willen», eine Argumentation, die dann noch des Näheren weitläufig ausgeführt wird.[17]

Auch Renaud[18] und Savigny[19] teilen die Auffassung der Inhaberpapiere als blosser «Beweisdokumente für eine unabhängig davon bestehende Forderung», doch geraten sie selbst mit ihrer eigenen Theorie in Widerspruch: Renaud lässt das Forderungsrecht durch Tradition der Urkunde übergehen in Form einer obligatorischen Singularsuccession (p. 330): «nur derjenige ist wirklicher Gläubiger, dem die Forderung unmittelbar oder mittelbar vom ursprünglich Berechtigten mittelst Uebergabe des Papiers übertragen worden ist (p. 331). Dann aber heisst es: Allein wahrer Gläubiger ist nur der Eigentümer des Schuldscheins (p. 339). Hiermit wäre ermöglicht, dass, wenn Jemand das Eigentum der Beweisurkunde durch Usukapion, also originär erwirbt, er damit wahrer Gläubiger würde, was sich mit der Natur des Papiers als eines blossen Beweisdokumentes nicht vereinigen lässt und mit der obligatorischen Singelarsuccession noch viel weniger. Trotzdem die Successionenkette durchbrochen ist, wird der Usukapionseigentümer dennoch Gläubiger, obwohl ihm die Forderung weder mittelbar noch unmittelbar von ursprünglich Berechtigten übertragen wird.[20]

In einem ähnlichen Widerspruch mit seiner eigenen Auffassung befindet sich auch Savigny. Savigny hält die Inhaberpapiere für wahre Schuldscheine, und zwar Schuldscheine über Gelddarlehen (p. 117). Dies ist von vornherein unrichtig: Ein Aktionär, der die Aktiensumme einzahlt, macht der Gesellschaft kein Darlehen; wer sich ein Eisenbahnbillet am Schalter lösst, noch viel weniger. Die Aktien und Fahrkarten sind keine Schuldscheine über Darlehen. Nun heisst es aber bei Savigny schon auf Seite 99: die Obligation ist in der Urkunde verkörpert, woraus dann später die Folge gezogen wird: «der wahre Gläubiger ist der Eigentümer des Papiers» (p. 130); die Forderung ist an die Urkunde geknüpft und kann

---

[17] Thöl, Handelsrecht p. 701 ff.

[18] Zeitschrift f. deutsches Recht, B. 14 p. 315-366.

[19] Savigny, Obligationenrecht II p. 93-186.

[20] Vgl. Unger l. c. p. 44 u. 45.

ohne sie nicht bestehen. Savigny baut also seine Theorie auf einem doppelten Fundamente auf, und dies ist unmöglich. Ist das Inhaberpapier blosse Beweisurkunde, so ist es gleichgültig, wer die Urkunde besitzt; der ursprüngliche Gläubiger bleibt Gläubiger, so lange er die Forderung nicht auf einen andern überträgt. Der Eigentümer einer Beweisurkunde ist nicht notwendig zugleich auch Gläubiger der Forderung. Ist aber die Urkunde eine Verkörperung der Forderung, so ist sie eben mehr als blosses Beweisdokument; dann kann die Forderung nur bestehen in dem Papier und mit dem Papier, während sonst eine Forderung auch ohne Beweisurkunde bestehen kann.[21] Am Wechsel zeigt es sich ganz deutlich, dass er mehr ist als blosses Beweismittel: Zahlung erheben kann man nur gegen Aushändigen des Wechselbriefes (WO. Art. 39); ohne Wechselbrief giebt es auch keine Wechselforderung. Dass der Wechselbrief das Haupterforderniss der Wechselforderung sei, ist heute allgemein anerkannt. Schon 1831 hebt Treitschke in seiner Encyklopädie hervor: «Es ist eine blosse Spielerei, wenn man den Wechselbrief deshalb für etwas ganz unwesentliches im Wechselcontract halten will, weil, wenn die Contrahenten einander trauen wollten, das ganze Geschäft auch durch mündliche Botschaft vollführt werden könne.»[22] Scaccia und Turri behaupten zwar: cambium potest fiere sine litteris, litterae non sunt de substantia, essentia contractus cambialis. Allein der Wechselbrief war von jeher die Hauptsache beim Wechselgeschäft; in Deutschland wenigstens hat es nie einen Wechsel ohne Wechselbrief gegeben.[23]

Unger ist der Meinung, die Inhaber- oder Orderpapiere seien «die Literalcontracte des modernen Rechts, d. h. schriftliche Formalverträge, aus denen ein abstractes Forderungsrecht

---

[21] Vgl. Unger l. c. p. 53. Thöl, Handelsrecht p. 680 u. 701.

[22] Treitschke, Encyklopädie der Wechselrechte II, p. 684.

[23] Renaud, Lehrbuch des a. d. Wechselrechts 1868 p. 5 Note 24. Lehmann l. c. p. 83 will die Natur des Wechsels als Skripturobligation erst vom 18. Jahrhundert an datiren; doch ist dies eine ganz willkürliche Annahme: Der Wechsel war von jeher Skripturobligation. Vgl. gegen Lehmann Goldschmidt in seiner Z. f. Handelsrecht, B. 33 p. 445.

hervorgehe.»[24] Diese Auffasung ist ebenfalls unrichtig. Der Wechsel ist zwar ein Formalcontract, eine Art schriftliche Stipulation ohne Angabe der materiellen causa debendi. Allein eine grosse Anzahl von Inhaber- und Orderpapieren giebt ausdrücklich den Verpflichtungsgrund an, so z. B. die Darlehnsobligationen (Staatsschuldenbriefe), die Talons und Zinskoupons, die Ladescheine, Konnossemente und Bodmereibriefe.[25]

Die Obligation, behauptet Unger, müsse schriftlich begründet werden: «das Papier ist die Bedingung der Entstehung der Obligation; ohne Papier keine Obligation an Ordre oder au porteur» (p. 123). «Allein das Papier ist nicht die Bedingung für das Bestehen der Obligation (p. 125) und ebensowenig die Bedingung für die Geltendmachung des aus dem Papier entstandenen Forderungsrechts» (p. 127). Damit stehen wir wieder auf dem alten Fleck: Gläubigerschaft und Eigentum können auseinanderfallen: «Der Eigentümer ist dadurch allein, weil er Eigentümer ist, nicht Gläubiger (p. 136), und der Gläubiger ist dadurch allein, weil er Gläubiger ist, nicht auch Eigentümer des Papiers» (p. 137). Unger betont dies wiederholt sehr scharf: «Es kann Jemand Gläubiger sein, und dennoch kann das Eigentumsrecht am Papier einem andern zustehen» (p. 137). Hieraus zieht dann Unger auch die natürliche Consequenz: «Der Eigentümer kann das Papier jedem Dritten, falls dieser auch wirklich der Gläubiger ist, mit der Eigentumsklage abfordern; und der wahre Gläubiger hat, aus dem Besitze des Papiers gebracht, gegen den Eigentümer kein Rechtsmittel» (p. 137). Dass diese Consequenz dem Verkehrsbedürfnisse nicht gerade entspreche, sieht Unger selbst ein; deshalb fährt er fort: Der Gläubiger braucht das Papier notwendig, um sich dem Schuldner gegenüber zu legitimiren und sein Forderungsrecht auf einen andern zu übertragen (p. 137). Wenn nun der Eigentümer des «Stückchens Papier» dasselbe nicht gutwillig herausgiebt, was macht der Gläubiger dann? Seine Gläubigerschaft nützt ihm nicht das geringste; das beste Geschäft macht dabei nur der Schuldner: Er zahlt nicht an den Eigen-

[24] Unger l. c. p. 69 u. 85.

[25] Lehmann l. c. p. 19.

tümer des Papiers, weil dieser nicht Gläubiger ist, und auch nicht an den Gläubiger, weil dieser sich nur durch den Besitz des Papieres legitimiren und ohne Aushändigung des Papiers keine Zahlung beanspruchen kann (WO. Art. 39). Deshalb argumentirt Unger weiter: Das Stückchen Papier hat für den Eigentümer als solchen gar keinen Wert (p. 137, 138); für den Gläubiger dagegen einen sehr bedeutenden; das Papier muss der Gläubiger haben. Ergo stellt man einfach den Satz auf: «Wer das Recht aus dem Papier hat, d. h. wer Gläubiger ist, der hat auch das Recht auf das Papier»[26] (p. 138).

Warum dies so sein müsse, wird nicht bewiesen und ist auch gar nicht zu beweisen. Daraus, dass eine Sache für den einen einen geringen, selbst gar keinen Wert hat, für den andern dagegen einen sehr bedeutenden, folgt durchaus nicht, dass deshalb der letztere ein Recht darauf habe. Es kann für den ersteren höchstens die Veranlassung sein, die Sache an den anderen zu veräussern, selbst zu verschenken; aber eine erzwingbare Rechtspflicht zur Herausgabe besteht für ihn nicht im geringsten.

Ihering,[27] Förster[28] und Riesser[29] (früher auch Goldschmidt[30]) und etwas ähnlich auch Gerber u. a. sehen in dem Inhaber- und Orderpapier nur «das rechtlich gesicherte Mittel zur Begründung einer Obligation, nicht die Obligation selbst»; die Obligation schwebt (daher Pendenztheorie). Mit dem Papier hat man also eine blosse Expectanz, nur die Möglichkeit, die Hoffnung, eine Obligation zur Entstehung bringen zu können. Diese Ansicht ist jedenfalls sehr originell; allein ein Inhaberpapier oder ein Wechsel wird im Verkehr nicht als eine blosse spes angesehen, sondern als etwas sehr Reales. Wer eine Banknote an Zahlungsstatt erhält, ist

---

[26] Ebenso auch Thöl, Wechselrecht p. 708 oben, und Jolly in Siebenhaar's Archiv für Wechselrecht, B. 4 p. 37.

[27] Jahrbücher für Dogmatik, B. 1 p. 49.

[28] Förster, Theorie und Praxis des preuss. Privatrechts, 1888, p. 424.

[29] Riesser in Goldschmidt's Z. f. Handelsrecht, B. 28 p. 56-62.

[30] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 3 p. 275. Später dagegen in Z. f. H., B. 28 p. 69.

durchaus nicht der Ansicht, dass er nun die Möglichkeit habe, durch deren Präsentation an der Reichsbankkasse eine Obligation hervorzurufen, sondern er ist der festen Ueberzeugung, dass er mit dem Papier eine wirkliche, unbestreitbare Forderung gegen die Reichsbank erworben habe. Aus der Pendenztheorie ergäbe sich, dass, so lange das Papier nicht präsentirt wird, auch kein Gläubiger vorhanden ist: «Gläubiger ist erst der Präsentant.» Hieraus würde folgen, dass auch der Dieb und der Finder Gläubiger werden, und dass diese Consequenz unrichtig ist und mit dem geltenden Rechte im Widerspruche steht, wird sich später zeigen. Mit der Pendenztheorie lässt sich auch nicht erklären, warum die Indossatare nach der Begebung des Wechsels gegen ihre Indossanten, obgleich dieselben angeblich nie Gläubiger geworden sind, die Regressklage mangels Sicherheit anstellen können.[31]

Alle diese Ansichten verkennen vollständig die eigentümliche, nur auf historischem Wege darzulegende Natur der Inhaber- und Orderpapiere, und sie verkennen ferner den obersten Grundsatz einer jeden juristischen Construction, dass Rechtsprincipien nicht a priori construirt werden dürfen, sondern stets im Einklang mit dem positiven Recht, also so, dass aus dem aufgestellten Princip sich die Sätze des positiven Rechts als logische Consequenzen ergeben. Die richtige Ansicht ist folgende:

Die Inhaber- und Orderpapiere sind Skripturobligationen,[32] verbriefte Forderungen, d. h. Forderungen, die nur durch einen Brief entstehen und nur durch den Brief bestehen. An das Papier ist die Existenz der Forderung untrennbar gebunden, die Obligation ist mit dem Papier verknüpft, sie ist im Papier verkörpert.

Dieser Gedanke ist schon in allen möglichen Fassungen ausgesprochen und entwickelt worden: «Das Papier schliesst die Forderung in sich ein, wie ein wertloses Futteral ein kost-

---

[31] Lehmann l. c. p. 168.

[32] Vgl. Goldschmidt's Z. f. H., B. 28 p. 71 ff. Kuntze l. c. p. 453, 462 ff. Stobbe l. c. p. 136 ff. Lehmann l. c. p. 21, 67, 83, 106.

bares Geschmeide einschliesst und mit der Uebergabe des Futterals auch der Inhalt übertragen wird.[33] Das Papier ist Wertobjekt, die Berechtigung und Verpflichtung haftet an der Urkunde.[34] C'est le titre qui constitue la créance;[35] l'existence de la créance se confond avec celle de ces titres eux-mêmes.[36] Die Wechselurkunde ist Träger der Forderung;[37] das Papier wird zum Organ der ihm aufgedrückten Obligatio.[38] Die Urkunde ist zur formellen Ausprägung der Forderung geworden.»[39] Kuntze nennt diese Verkörperung der Obligation im Papier das Princip der Immanenz, weil «Papier und Obligation mit einander civilistisch verflochten sind».[40]

Dieser Grundsatz der Verkörperung der Obligation ist das grosse und einzige, das ganze Institut der Inhaber- und Orderpapiere beherrschende Princip; es ist der Schlüssel, um alle Schwierigkeiten zu lösen.

Wir stehen also vor einer eigentümlichen Verschmelzung von Sachenrecht und Obligationenrecht; die Obligation tritt zurück, sie ruht. Die Sache tritt hervor; die Sache, nicht die Forderung ist der Gegenstand sämmtlicher Rechtsverhältnisse, und die Forderung folgt der Sache.

Es ist dies ein ganz eigenartiger, den Römern völlig unbekannter Gedanke. Man hat zwar versucht, die Skripturobligation an das römische Recht anzuknüpfen; alle Versuche sind jedoch misslungen: die syngraphae, die partes der publicani, die tabulae, epistolae, chirographae, tesserae, congiaria, cautiones und missilia sind alle keine Skripturobligationen; darüber besteht in der heutigen Litteratur nicht der geringste Zweifel mehr.[41] Die Skripturobligation ist ein rein germanisches

---

[33] Stobbe l. c. p. 204, 3.
[34] Amschütz u. von Völderndorf. Commentar B. 3 p. 131 u. 140.
[35] Laurent c. l. p. 613.
[36] Aubry et Rau, Cours de droit civil français § 183.
[37] Goldschmidt in seiner Z. f. H p. 314. Stobbe l. c. p. 137.
[38] Kuntze in Endemann's Handbuch, B. 4 p. 67.
[39] Bluntschli, D. Privatrecht p. 504.
[40] Kuntze in Endemann's Handbuch, B. 4 p. 68.
[41] Kuntze, Die Lehre v. d. Inhaberpapieren § 11 u. 12 u. p. 47. Dunker, Z. f. deutsches Recht, B. 5 p. 31. Renaud, Wechselrecht p. 2 § 2. Koch, Wechselrecht p. 6. Stobbe l. c. p. 136.

Rechtsinstitut; in dieser Hinsicht besteht eine tiefe, unüberschreitbare Kluft zwischen römischer und germanischer Rechtsanschauung. Alle die erwähnten römischen Urkunden waren nur Beweismittel ohne sonstige privatrechtliche Bedeutung, «ohne civilistisch productive Functionen». Skripturobligationen waren den Römern völlig fremd. Man hat zwar im alten Litteralcontract etwas Analoges finden wollen; doch lässt sich zwischen beiden kein vermittelndes Bindeglied herstellen; der Litteralcontract war zur Zeit Justinians schon längst vergessen und verschollen:[42] Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur; quae nomina hodie non sunt in usu. J (3. 21) pr.

Bei den Römern spielte die Schrift, die Skriptur, eine sehr geringe Rolle; die meisten Verträge wurden mündlich abgeschlossen (Verbal- und Consensualcontracte und nuda pacta); durch beiderseitige Erklärung kam die Obligation zu Stande. Die Schrift war nur da des bessern Beweises wegen; im Prozess galt ja völlig freie Beweiswürdigung, die freieste, die es überhaupt je gegeben hat; schriftlichen Beweis brauchte man nicht. Bei den Germanen dagegen herrschten grundverschiedene Anschauungen: Ueber jedes wichtigere Geschäft mussten Urkunden, cartae, aufgenommen werden, so über Rentenkäufe, Auflassungen (investitura per cartulam), Lehnsinvestituren; überall war die Skriptur von grösster Bedeutung. Die Lehnsbriefe und andere derartige Dokumente bildeten immer eine Pertinenz des Grundstücks. Die Urkunde musste übergeben, tradirt werden. Dies hatte seine guten Gründe: Das germanische Beweisverfahren war ein ausserordentlich formales. Der ursprüngliche Beweis war der durch Parteieid; allein es ist nicht die Aussage, die beweist, sondern nur die Form der Aussage.[43] Schwört der Eidespflichtige, so ist damit seine Behauptung erwiesen, gleichgültig ob sie wahr oder falsch ist. Der Eid wird geschworen mit Eideshelfern; dieselben sollen nicht über die Wahrheit der beschworenen Behauptung aus-

---

[42] Auch dem altdeutschen Recht war der Litteralcontract völlig unbekannt. Vgl. Brunner, Z. f. H., B. 22 p. 515.

[43] Sohm, Die altd. Reichs- u. Gerichtsverfassung p. 575 f.

sagen, sondern nur «ihr Vertrauen in den Eid des Schwörenden versichern.» [44]

Ein besonders zuverlässiges Beweismittel war demnach der Parteieid gerade nicht. Alles, was nicht vor Gericht oder in einer feierlichen Form, z. B. vor Sollennitätszeugen, obrigkeitlich bestellten Urkundspersonen, durch Hingeben einer Arrha etc. abgemacht war, konnte der Verklagte abschwören.[45] Deshalb liess man über jeden einigermassen wichtigen Vertrag Urkunden aufsetzen.[46] Dass diese Urkunden sehr häufig waren, ersehen wir aus der reichen Anzahl der Formulare, die uns erhalten sind. Von Darlehnsurkunden allein erwähnt Brunner[47] 11 Formulare, und die Formelsammlung von Rozière weist schon aus dem 6. Jahrhundert Formeln über alle möglichen Geschäfte auf. Am Darlehnsvertrag war die Cautio das wichtigste; bei der Hingabe des Darlehns wurde vom Schuldner die Cautio, also die Schuldurkunde begeben, emittirt. Erst die Begebung der Urkunde ruft die Verpflichtung des Schuldners hervor; traditio facit loqui cartam.[48] In der Cautio findet sich regelmässig die Clausel, durch welche bei der Rückzahlung der Darlehnssumme auch die Rückgabe der Cautio stipulirt wird: [49] Accepi de vobis per hanc caucione uncias tantas . . . Et quomodo de mea proprietate ipsos solidos vestros reddere potuero, hanc caucionem a vos (oder per manibus tuis) recipiam.[50]

Welche Bedeutung man diesen cautiones beilegte, zeigt die reiche Sammlung von Totbrief- oder Mortificationsformularen, sog. epistotolae evacuatoriae, die für den Fall, dass die Cautio verloren würde, dazu bestimmt waren, dass der Gläubiger mit

---

[44] Sohm l. c. p. 581.

[45] Stobbe l. c. p. 127.

[46] Binding in Goldschmidt's Z f. H., B. 10 p. 400. Stobbe l. c. p. 127 u. 129. Eichhorn, Rechtsgeschichte § 457. Maurenbrecher II, § 323 p. 404.

[47] Die fränkisch-romanische Urkunde in Goldschmidt's Z. f. H. B. 22 p. 65.

[48] Brunner in Endemann's Handbuch B 2 p. 166.

[49] Brunner in Goldschmidt's Z. f. H., B. 22 p. 65 f.

[50] Rozière, Recueil général des formules usitées dans l'empire, des Francs du cinquième au dixième siècle, nº 370.

der später etwa wieder aufgefundenen Schuldurkunde nicht zum zweiten Male Zahlung erheben könnte: . . . Sed cum illam cautionem ad praesens (bei der Rückzahlung der Schuld) non habeo, ideo hanc epistolam evacuatoriam fecimus, ut de ipsis solidis tantis omni tempore securus resedeas et si ipsa cautio apparuerit vel a nobis vel ab heredibus ullo quoque tempore ostensa fuerit, nullum effectum sortiatur, sed vacua et inanis remaneat.[51] Es ergiebt sich hieraus, dass die Forderung erst in Existenz trat durch Begebung der Urkunde und erst aufgehoben wurde durch Rückgabe derselben.

Bei der Zahlung der Schuld wurde die Urkunde nicht bloss zurückgegeben, sondern auch vernichtet, cassirt, perforirt, in Stücke zerschnitten: Solutis ipsis denariis hoc breve sit vacuum et reddatur eis hoc breve taliatum.[52]

Wie der Beweis der Schuld nur durch Production der Schuldurkunde geführt werden konnte,[53] so war auch ein Beweis der Zahlung nur möglich durch die entkräftete Urkunde, nicht durch Zeugen: non liceat eis producere testes de pagamento facto absque isto breve inciso reddito.[54]

Somit ist es erklärlich, dass schon in der ältesten Zeit (die Urkunden fallen fast sämmtliche vor das 10. Jahrhundert) die Forderung nur in dem Schuldschein und nur durch den Schuldschein existirte. Brunner erwähnt selbst eine Formel von Rozière, in welcher ausdrücklich angegeben ist, dass der Verlust der Cautio auch den Verlust der Forderung nach sich ziehen solle:[55] Et quomodo solidos vestros reddere potuero, meam cautionem absque ullo evacuario intercedente recipiamus (Rozière f. 373). Hier haben wir die vollständige

---

[51] Vgl. Brunner l. c. p. 80 ff. Rozière l. c. f. 378, vgl. auch f. 379-82.

[52] Brunner l. c. p. 73.

[53] Noch heute kann im französischen Recht der Beweis einer Forderung, die 150 Francs übersteigt, nur durch Urkunden, nicht durch Zeugen geführt werden. Code civil art. 1341, 1344, 1834. Vgl. z. B. auch art. 1923: Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant 150 francs.

[54] Brunner l. c. p. 79.

[55] Brunner l. c. p. 83.

Skripturobligation: Ohne Papier keine Forderung; ist das Papier vernichtet, so ist damit auch die Forderung vernichtet. Die Forderung, existirt nur in dem Papier und nur durch das Papier. Aus der prozessualischen Beweisurkunde ist ein wirkliches Wertobject geworden. Das römische Recht, das den Satz aufstellt: Arcaria nomina nullam faciunt obligationem, sed obligationis factae testimonium praebent (Gaius III, 131), ist depossedirt; arcarium facit obligationem.

Die altgermanische Obligation war wie die altrömische ursprünglich bloss ein vinculum juris, ein Schuldverhältniss, zwischen zwei genau bestimmten Personen ohne Möglichkeit eines Wechsels weder in der Person des Gläubigers noch in der des Schuldners. Der Gläubiger war immer mit Namen aufgeführt; in den Formularen findet sich meist die Angabe «nomen illo» (statt illius), d. h. N. N., oder «ille illi». Nur der König kann ein Forderungsrecht übertragen oder sich übertragen lassen.[56] Dies war auf die Dauer nicht durchführbar: Wie die Römer allmählich zur Uebertragung der Obligation durch Cession und Novation gelangten, so gelangten auch die Germanen zu einer Uebertragung des Forderungsrechts, aber entsprechend dem Charakter der Skripturobligation auf einem ganz anderen Wege: Zuerst wurden in der Cautio die Namen aller Erben und Rechtsnachfolger sowohl des Gläubigers als des Schuldners aufgeführt,[57] und da dies bald zu umständlich wurde, nur der Name des Gläubigers mit der Clausel «vel cui dederis ad exigendum» oder «cui ordinaveris», oder «swer den brief mit sinem willen oder von iren wegen innehat»,[58] oder «an den getreuen hebber». Dass der betreffende Inhaber den Brief mit Willen des ursprünglichen Gläubigers innehatte, musste er anfänglich durch einen sogenannten Willebrief nachweisen.[59] Der durch den

---

[56] Vgl. Brunner in Goldschmidt's Z. f. H., B. 22 p. 523 u. 524.

[57] Binding in Goldschmidt's Z. f. H., B. 10 p. 403.

[58] Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 186. Dunker in der Z. f. deutsches Recht, B. 5 p. 31 ff. Renand l. c. p. 317. Neumann in Goldschmidt's Z. f. H., B. 7, Beilage p. 46.

[59] Binding l. c. p. 404. Neumann l. c. p. 163. Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 187. Platner im Archiv f. civ. Praxis, B. 42 p. 137.

Willebrief legitimirte «getreue hebber» war aber kein solutionis causa adjectus oder procurator in rem suam, zu dem ihn die römisch gebildeten Juristen des 16. Jahrhunderts aus Missverständniss der Clausel «cui dederis ad exigendum» stempeln wollten,[60] sondern wirklicher Gläubiger, seigneur de la chose.[61] Die Forderung haftete nicht so sehr an der Person des ursprünglichen Gläubigers als an der Cautio ; sie ging so auf den «getreuen hebber» über, wie sie in der Cautio enthalten war. Die Cautio mitsammt der Forderung wechselte nur den Eigentümer, und durch den Wechsel des Eigentümers vollzog sich an der Cautio und an der Forderung eine Veränderung ebensowenig wie an einem Grundstück. Der alte Gläubiger scheidet aus der Forderung vollständig aus, und ein neuer Gläubiger tritt an seine Stelle; «alle Rechte aus der Urkunde gehen vollständig auf den Empfänger so über, wie sie in der Urkunde verzeichnet sind».[62] Die Forderung löst sich völlig von der Person des früheren Gläubigers los.

Allmählich war auch der Willebrief zu umständlich, und man vermerkte die Uebertragungserklärung auf der Cautio selber in dorso, d. h. auf der Rückseite, durch sog. Indossament (indorsamentum),[63] oder man sah überhaupt von dem Erforderniss der Willebriefes oder eines jeglichen anderen Ausweises ab, so dass der blosse Besitz der Schuldurkunde eine hinlängliche Legitimation bildete,[64] und so entstand das alte Inhaberpapier mit der sogenannten alternativen Inhaberclausel. Hierdurch war eine mehrfache Uebertragung der Forderung durch einfache Tradition der Urkunde ermöglicht. Später liess man auch den Namen des ersten Gläubigers bei der Ausstellung der Cautio weg, und damit entstand das heutige reine Inhaberpapier[65] mit der Clausel «an den Inhaber», oder auch

---

[60] Vgl. Dunker, Z. f. deutsches Recht, B. 5 p. 40.

[61] Brunner in Goldschmidt's Z. f. H., B. 22 p. 521.

[62] Platner im Archiv für civ. Praxis, B. 42 p. 125, 113 f., 117, 127, 197. Binding l. c. p. 424. Stobbe in Goldschmidt's Z. f. H., B. 11 p. 400 f. Neumann l. c. p. 163 unten.

[63] Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2. p. 187.

[64] Binding l. c. p. 405 u. 413. Neumann l. c. p. 45 u. 47 oben.

[65] Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 197, 198.

ohne diese Clausel, z. B. bei Theater- und Eisenbahnbilleten. Gläubiger ist aber nicht jeder Inhaber, sondern immer nur der «getreue», d. h. der rechtmässige, redliche Inhaber. Der Schuldner will nicht an den Dieb oder Räuber leisten, sondern nur an den berechtigten, redlichen Inhaber; da aber ein jeder so lange als redlich gilt, bis ihm das Gegenteil nachgewiesen wird, so ist auch der Dieb und der Räuber als Gläubiger legitimirt.

Die Forderung, welche durch Vermerk in dorso der Caution, also durch Indossament übertragen wurde, war ursprünglich nur einmal übertragbar; es war nur ein einziges Indossament möglich. Nach und nach erlaubte man ein zweites, also eine weitere Uebertragung durch den zweiten Gläubiger an einen dritten, und schliesslich ein beliebig wiederholtes, und auf diese Weise entwickelte sich das moderne Orderpapier, geschichtlich erwachsen am Wechsel.

Wir gelangen demgemäss zu folgender Begriffsbestimmung der Inhaber- und Orderpapiere:

1. Das Inhaberpapier ist eine Skripturobligation, welche keinen benannten Gläubiger enthält und demgemäss die Möglichkeit gewährt, die Forderung durch einfache Tradition der Urkunde auf einen andern zu übertragen.

2. Das Orderpapier ist eine Skripturobligation, die einen benannten Gläubiger enthält, aber mit der Befugniss für denselben, die Forderung durch Tradition der Urkunde nach vorgängigem Vermerk das Namens des neuen Gläubigers auf derselben (Indossament), also durch Tradition der indossirten Urkunde zu übertragen.

Der einzige Unterschied zwischen Inhaber- und Orderpapier besteht demnach in folgendem:

Das Orderpapier enthält einen benannten Gläubiger, das Inhaberpapier keinen. Beim Inhaberpapier vollzieht sich die Uebertragung der Forderung durch Tradition der Urkunde: La cession de l'acte au porteur s'opère par la tradition du titre (Code de Commerce, Art. 35), bei Orderpapieren durch Tradition der indossirten Urkunde: «Der Remittent kann den Wechsel an einen andern durch Indossament übertragen» (WO. Art. 9);

la propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement (Code de Commerce, Art. 136).

Selbst dieser einzige Unterschied fällt weg, wenn das Orderpapier in blanco ausgestellt oder girirt wird. Dann vollzieht sich der Uebergang der Forderung durch einfache Tradition der Urkunde wie bei den Inhaberpapieren. Dadurch wird aber das Orderpapier durchaus nicht zum Inhaberpapier. Das Blancoindossament ist nur ein unfertiges Indossament und kann von jedem Indossatar in ein fertiges umgewandelt werden. Sonst wäer es auch möglich, trotzdem die WO. den Inhaberwechsel verbietet, einen Wechsel durch Blancoindossament wenigstens in ein alternatives Inhaberpapier umzuwandeln, so dass der Wechsel bald Order-, bald Inhaberpapier würde. Es gelten demgemäss für Blancoorderpapiere hinsichtlich der Vindikation nur die Bestimmungen des Art. 74 der WO. und nie die des Art. 307 des HGB.[66]

II. Ehe wir zu den rechtlichen Folgen übergehen, die sich aus dem Begriffe der Inhaber- und Orderpapiere als Skripturobligation ergeben, ist noch ein Punkt zu erledigen:

Wir sahen bisher, dass die Inhaber- und Orderpapiere Skripturobligationen sind, d. h. Forderungen, die sich in der Skriptur, in dem Papiere verkörpern. Nun erhebt sich aber die Frage: Wann, in welchem Augenblicke vollzieht sich dieser Verkörperungsprozess? Im Moment der Niederschrift auf dem Papiere? im Moment, wo der Aussteller das Papier aus der Hand giebt, derelinquirt? oder im Moment, wo der Aussteller die Urkunde dem ersten Gläubiger einhändigt, begiebt, also im Moment des Gebens von Seiten des Ausstellers und des Nehmens von Seiten des Gläubigers?

Alle drei Ansichten werden vertreten. Dass die Frage für unser Thema von grosser Bedeutung ist, ist offenbar; denn je

---

[66] Laband in Goldschmidt's Z. f. H., B. 17 p. 343. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p. 64. Lehmann l. c. p. 20. Amschütz l. c. p. 144 u 165. Entscheidungen des Reichsgerichts, B. 4 p. 176 u. 177. Kuntze l. c. p. 416. Grünhut's Zeitschrift, B. 4 p. 495. Pappenheim l. c. p. 79. Brunner in Endemann's Handbuch B 2 p. 194. v Hahn, Liebe, Hoffmann u a.

nach ihrer Beantwortung löst sich auch die Frage, ob das dem Aussteller vor der Emission abhanden gekommene Papier bereits ein Inhaber- oder Orderpapier, also eine Skripturobligation ist, und ob man dann von einer Vindikation von Inhaber- und Orderpapieren sprechen kann.

Die Auffassung, dass eine Verbindlichkeit des Ausstellers bereits durch blosse Niederschrift entstehe (Kuntze's Creationstheorie) ist nicht haltbar; einmal historisch nicht: Bei der Ausstellung einer Skripturobligation standen sich in der Regel zwei ganz bestimmte Personen gegenüber; die eine gab gewöhnlich ein Darlehen, die andere oder ihr Notar fertigte dann darüber eine Urkunde aus und tradirte, begab sie dem Gegencontrahenten. Der Notar musste die Begebung ausdrücklich beurkunden.[67] Nur durch die Begebung wurde die Verpflichtung ins Leben gerufen. Wurde die Urkunde angefochten, so musste nicht bewiesen werden, dass der Aussteller sie geschrieben, sondern nur die Begebung, oblatio oder traditio.[68] Ein Ueberrest dieses Vertragsabschlusses per traditionem cartae, wenigstens der Form nach, hat sich ja noch heute in dem uralten Mäklerinstitute erhalten: Der Mäkler hat nach Abschluss des Geschäftes jeder Partei eine sog. Schlussnote zuzustellen, und bei Geschäften, die nicht sofort erfüllbar sind, müssen die Schlussnoten von den Parteien unterschrieben und unter ihnen gewechselt, begeben werden. HGB. Art. 73.

Auch juristisch lässt sich die Creationstheorie nicht halten: Die Entstehung von Obligationen durch einseitigen Rechtsakt ist eine Anomalie; das römische Recht kennt nur vereinzelte, ganz unbedeutende Fälle dieser Art. Naturgemäss entsteht eine Obligation aus einem Vertrage (abgesehen von den Deliktsobligationen): obligationes nascuntur ex contractu, nicht nur im römischen, sondern in jedem Recht. Schon die Zusammenstellung von Inhaber- und Orderobligationen mit denen aus votum und pollicitatio muss sehr seltsam erscheinen. Man sucht dies zwar zu rechtfertigen mit einer «germanischen Rechtsidee»;

---

[67] Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 165, und in Goldschmidt's Z. f. H., B. 22 p. 510 u. 515.

[68] Brunner in der Z. f. H., B. 22 p. 515 oben.

allein eine solche giebt es nicht; im Gegenteil, sämmtliche Urkunden weisen darauf hin, dass es sich immer um vertragsmässige Verpflichtungen handelte.[69] Durch blosse Niederschrift auf ein Papier wird noch keine Verpflichtung erzeugt. «Wenn der Aussteller das Papier unterschreibt, dann aber in sein Pult legt, so bleibt die Urkunde ein Stück Papier ohne Wert und rechtliche Bedeutung.»[70]

Der Aussteller denkt nicht im mindesten daran, sich durch das blosse Schreiben zu obligiren; er will sich nur einer ganz bestimmten Person freiwillig verpflichten und zwar dadurch, dass er dieser Person die Urkunde einhändigt, aber nicht dem Diebe, der ihm das Papier gestohlen hat, wie es sich aus der Creationstheorie ergeben würde. Dass Kuntze sich genöthigt sieht, wegen dieses Falles «das Recht sich corrigiren zu lassen»,[71] beweist deutlich genug, dass seine Auffassung mit dem positiven Recht im Widerspruch steht.

Die deutsche Wechselordnung hat die Creationstheorie jedenfalls von der Hand gewiesen: Schon Art. 1 spricht dagegen durch die Bestimmung, dass wechselfähig ein jeder sei, der sich durch Verträge verpflichten könne. Die modernen Codificationen haben die Creationstheorie ebenfalls verworfen; so bestimmt z. B. die russische WO. von 1882 in Art. 15: Der Wechsel erlangt Wechselkraft, sobald der Aussteller denselben dem Remittenten begeben hat.[72] Die englische WO. von 1882 versteht unter Indossament ausdrücklich ein durch Begebung ergänztes Indossament: indorsement means an indorsement completed by delivery;[73] die Verpflichtung des Indossanten entsteht also wie die des Ausstellers nicht durch das geschriebene Indossament, sondern durch das begebene. Thöl nennt ja das Indossament «eine neue Tratte, durch welche ein neuer Wechselvertrag geschlossen wird».[74]

---

[69] Brunner, eodem p. 511.

[70] Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, B. 19 p. 33.

[71] Kuntze in Endemann's Handbuch, B. 4 p. 73.

[72] Vgl. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 28 p. 114.

[73] Preliminary 2. Ausg. von Heinsheimer p. 14. Vgl. auch Art. 31.

[74] Thöl, Wechselrecht p. 423 ff. Vgl. Entscheid. d. Reichsgerichts V p. 82.

Selbst Art. 21 der WO., die Hauptstütze der Creationstheorie, rechtfertigt dieselbe nicht. Goldschmidt[75] hat nachgewiesen, dass das Accept ebenfalls auf einem Vertrage beruht, und zwar war es ursprünglich die mündliche, heute die schriftliche Antwort auf eine erfolgte Anfrage. Die Offerte liegt in der Vorlegung des Wechsels, die Annahme erfolgt re, scriptura.

Hiermit ist auch die Emissionstheorie von Stobbe verworfen. Stobbe gerät übrigens mit sich selbst in Widerspruch; er will die Verpflichtung des Ausstellers schon durch «die Fortgabe des Papiers» begründet sehen, also «durch einseitiges Versprechen», aber eine Berechtigung für einen andern soll erst durch Hinnahme des Papiers entstehen; «bis zu diesem Moment fehlt es an der Möglichkeit, seinen Schuldnerwillen gegen den Aussteller geltend zu machen».[76] Die Verpflichtung des Ausstellers entsteht also vor der Berechtigung des Gläubigers, und dies ist unmöglich; sobald eine Pflicht begründet ist, ist für einen andern auch ein correspondirendes Recht in Existenz getreten. Stobbe zerlegt einfach den Vertrag in seine zwei Bestandteile: die Emission des Papiers ist die Offerte, die Hinnahme ist das Accept.[77] Verpflichtet wird der Aussteller durch die Hinnahme, durch das Geben und Nehmen.

Das Papier wird also zum Inhaber- oder Orderpapier, also zur Skripturobligation, erst durch die Begebung an den ersten Nehmer von Seiten des Ausstellers. Hieraus ergiebt sich:

Wird das Papier vor der Begebung dem Aussteller entwendet, so bleibt es ein blosses Stück Papier, die Obligation tritt nicht in Existenz. Für die Vindikation dieses Stücks Papier gelten also auch nicht die Vorschriften der Art. 307 und 74, da dieselben nur auf Inhaber- und Orderpapiere Bezug haben, sondern die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen

---

[75] in seiner Z. f. H., B. 28 p. 84 f.

[76] Stobbe l. c. p. 107.

[77] Vgl. Gierke in Goldschmidt's Z. f. H., B. 29 p. 258. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 28 p 111 Note 83. Pappenheim in Goldschmidt's Z. f. H, B. 33 p. 448. Carlin in Goldschmidt's Z. f. H., B. 36 p. 13. Goldschmidt eod. p. 12 Anm.

Rechts über die Vindikation beweglicher Sachen. Eine Verpflichtung des Ausstellers aus dem Papier entsteht nicht; das Papier ist völlig wertlos. [78]

Es ergiebt sich dieses Resultat als strikte Consequenz der Begebungstheorie. Allein die Consequenz ist zu streng; sie entspricht zwar der ratio legis, aber sie widerspricht der aequitas, der bona fides, die das Verkehrsleben beherrscht. Der Aussteller ist die Veranlassung, dass das Papier in die Welt gesetzt worden ist und allgemein als ein vollgültiges Inhaber- oder Orderpapier angesehen wird. Es entspricht jedenfalls der Billigkeit mehr, den Aussteller für haftbar zu erklären, als einen gutgläubigen Dritten, den auch nicht das geringste Verschulden trifft. Es entspricht dies auch ganz besonders der Sicherheit des Verkehrs: Der Aussteller kann sich leichter schützen als der dritte gutgläubige Erwerber; er kann den Diebstahl in der Regel sofort constatiren und bekannt machen, vor Ankauf warnen, etc. Nach der strengeren Auffassung könnte der Aussteller das Papier als wertlose Sache gegen den gutgläubigen Erwerber vindiciren; dieser würde natürlich gegen seinen Vormann Regress nehmen, und so käme es zu einer endlosen Reihe von Evictionsprozessen. Allein schon aus diesem Grunde ist es zweckmässiger, da man doch einen Unschuldigen treffen muss, den weniger Unschuldigen zu treffen, umsomehr als dadurch die Sicherheit des Verkehrs nur gewinnt. Diejenigen, welche hierin eine grosse Unbilligkeit erblicken und demgemäss eine Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber zulassen, weil derselbe ja so leicht nicht Eigentümer des wertlosen Papiers als einer res furtiva werden kann, müssten consequenterweise auch den Ausschluss der Vindikation eines gestohlenen, aber vorher bereits ordnungsmässig emittirten Inhaberpapiers gegen den gutgläubigen Erwerber als eine ebenso grosse Unbilligkeit ansehen, und doch ist dieses «privilegium odiosum» im Gesetze (Art. 307) ausdrücklich anerkannt.

---

[78] Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 167, 168. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 8 p. 330, B. 9 p. 63, B. 23 p. 306 f., B. 28 p. 107. Gierke l. c. p. 258. Pappenheim l. c. p. 448 und in seinem Begriff der J . . . p. 17.

Das ROHG. hat in einem derartigen Falle den Aussteller für haftbar erklärt,[79] und die Auffassung des ROHG. wird auch in der Theorie von vielen vertreten, oft mit anderer Begründung.[80]

Wir werden daher annehmen, dass ausnahmsweise aus Billigkeitsrücksichten ein vor der Begebung dem Aussteller entwendetes Papier ebenfalls wirkliches Inhaber- oder Orderpapier geworden ist, und demgemäss für dieselben hinsichtlich der Vindikation die gleichen Grundsätze gelten lassen wie für die übrigen, ordnungsmässig begebenen Papiere. Auch der Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuches spricht sich in Art. 686 in klaren Worten für die Haftbarkeit des Ausstellers aus.

§ 5.

Die rechtlichen Folgen aus der Natur der Inhaber- und Orderpapiere als Skripturobligationen.

Das Ergebniss unserer bisherigen Erörterung war folgendes:

Die Inhaber- und Orderpapiere sind Skripturobligationen; die Forderung besteht nur in dem Papier und nur durch das Papier; an das Papier ist die Existenz der Forderung untrennbar gebunden.

Hieraus ergeben sich folgende, sehr wichtige Consequenzen:

I. Entscheidend für die Gläubigerschaft ist einzig und allein das Eigentum an der Urkunde. Die Natur der Skripturobligation als Forderung tritt ganz zurück; massgebend sind nur die Rechtsverhältnisse an der Scriptur; die Obligation wird gewissermassen zur Sache: Wer Eigentümer des Papiers ist, ist als solcher zugleich auch

---

[79] Entsch. B. 17 Nr. 36.

[80] Binding l. c. p. 419. Thöl, Handelsrecht, § 224 Note 8. Schultze, Krit. Vierteljahrsschrift, B. 18 p. 246.

Gläubiger. An das Eigentum am Papier knüpft sich die Gläubigerschaft.[1] Wer nicht Eigentümer des Papiers ist, ist um deswillen auch nicht Gläubiger; die Forderung folgt dem Papier. «Die Rechtsverhältnisse erscheinen als dingliche; das Stück Papier selbst ist das Object aller Rechtsgeschäfte.»[2] «Die Rechtssätze sind wahre Rechtssätze des Sachenrechts.»[3] Geht die Urkunde unter, so ist damit auch das Forderungsrecht mit vernichtet; nur ist aus Billigkeitsrücksichten die Möglichkeit gegeben, das Forderungsrecht auch nach Zerstörung der Urkunde aufrecht zu erhalten: die verlorene oder vernichtete Urkunde wird für tot erklärt und darüber ein Totbrief aufgesetzt.

Das Eigentum ist also das primäre, principale Verhältniss; die Gläubigerschaft ist nur die rechtliche Folge des Eigentums, «das Accessorium».[4] Das Eigentum und damit die Gläubigerschaft an Inhaberpapieren wird übertragen durch einfache Tradition mit dem animus dominium transferendi, an Orderpapieren durch wechselmässige Tradition, d. h. durch Tradition der Urkunde nach vorgängigem Indossament. Fehlt deshalb das Indossament, so wird der Accipient nicht Eigentümer und damit nicht Gläubiger; Eigentümer und Gläubiger wird er bloss durch Tradition der indossisten Urkunde.

Ueberträgt der Eigentümer das Papier und damit die Forderung nicht mit dem animus dominium transferendi, sondern z. B. zum Pfande (HGB. Art. 309), so wird der Accipient auch nicht Eigentümer und damit auch nicht Gläubiger.

Es ist dies die Auffassung des Handesgesetzbuches. Art. 307 bestimmt: «Wenn Papiere auf den Inhaber veräussert

---

[1] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 8 p. 326, 329, 337, 342, 390, B. 9 p. 62, B. 28 p. 63—114. Lehmann l. c. p. 186, 220 f., 252, 255, 262. Savigny l. c. p. 135 u. 137. Gierke l. c. B. 29 p. 256. Pappenheim, Begriff etc., p. 41. Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 163 f., 190 f., 207, 211. Carlin in Goldschmidt's Z. f. H., B. 36 p. 23, 31, 36, 39. Liebe, allg. d. WO., p. 197. Entwurf einer WO. für Braunschweig 1843, p. 90 ff. Mittermaier § 274 u. 335.

[2] Gerber System p. 299.

[3] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 28 p. 65.

[4] Liebe, allg. WO., p. 129, 131.

werden, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum. Das früher begründete Eigentum erlischt.» Das HGB. erwähnt die Rechtsverhältnisse an der Forderung nicht mit einem Worte, und doch versteht es sich von selbst, dass Art. 307 nicht bloss die Rechtsverhältnisse am «Läppchen Papier» regeln will — für dieselben wäre ja Art. 306 ausreichend gewesen —, sondern implicite mit den Rechtsverhältnissen am Papier auch die Rechtsverhältnisse an der Forderung. Es ist dies auch noch von Niemand in Zweifel gezogen worden.

Es harmonirt auch diese Auffassung vollständig mit den Anschauungen des mittelalterlichen Rechts, und die Inhaber- und Orderpapiere sind ja ein Erzeugniss des Mittelalters: «Das germanische Recht kennt nicht den Gegensatz dinglicher und persönlicher Rechte des römischen Rechts»;[5] «Gläubigerschaft ist Eigentum am Recht»[6] und als solches völlig identisch mit dem Eigentum an einer Sache.

Aus unserem Satze: «Gläubiger der Forderung ist einzig und allein der Eigentümer des Papiers», ergiebt sich als zweite Consequenz und zugleich als Antwort auf die Frage unseres Themas:

II. Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere ist nicht Vindikation eines wertlosen Papierstreifens, sondern Vindikation des Papiers und der Forderung als einer Einheit; also nicht Vindikation der Skriptur, und davon getrennt Vindikation der Obligation, sondern Vindikation der Skripturobligation; die Vindikation der Urkunde ist zugleich auch Vindikation der Forderung.

Die Vindikation ist demgemäss keine Vindikation im übertragenen, uneigentlichen Sinne, sondern wirkliche, eigentliche Eigentumsklage. Vindicirt wird das Eigentum am Papier nnd damit die Forderung; denn an das Papier ist die Forderung untrennbar geknüpft.

Darüber herrscht in der französischen Litteratur nicht der geringste Zweifel; so sagt z. B. Alauzet: La propriété des

---

[5] Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen, p. 278 oben. Stobbe l. c. p. 257 oben.

[6] Stobbe in Goldschmidt's Z. f. H., B. 11 p. 400 f.

titres au porteur s'établit comme pour des meubles ; ils peuvent être revendiqués dans les mêmes cas, et là où la revendication d'un meuble corporel n'est pas possible, n'est non plus possible la revendication d'un titre au porteur. En règle générale il faut dire que la maxime «possession vaut titre» qui régit les biens meubles, s'applique aux titres au porteur.[7] Auch das italienische Civilgesetzbuch bestimmt in Art. 707: «Hinsichtlich der von Natur beweglichen Sachen und der Inhaberpapiere hat der gutgläubige Besitz die Wirkung eines Eigentumstitels.» Gemeint ist in allen Fällen nicht das «Läppchen Papier», sondern das Papier als Träger der Forderung, das Papier mit der Forderung.

Allein alle diese Sätze sind in der deutschen Litteratur ausserordentlich bestritten. Auf die Frage, wer Gläubiger der Forderung sei, sind nicht nur «so viel Antworten erfolgt, als überhaupt möglich waren,» sondern selbst noch einige mehr: Gläubiger soll bald sein der Detentor, bald der juristische Besitzer, bald der redliche Besitzer, bald der Eigentümer, bald das Papier selber. Abgesehen von der letzteren lassen sich die Ansichten in zwei Hauptgruppen einteilen: Auf der einen Seite steht die Behauptung, Gläubiger sei der Besitzer, auf der andern Seite die Ansicht, Gläubiger sei der Eigentümer. — Die Meinung, Gläubiger sei der redliche Besitzer, ist nicht gerade unrichtig, weil Art. 307 und Art. 74 bereits an den redlich erworbenen Besitz das Eigentum knüpfen. Diese Auffassung fällt also im Grunde mit der hier vertretenen zusammen.

Die Ansicht, Gläubiger sei der Detentor oder der juristische Besitzer, ist entschieden zu verwerfen. Der Begriff des juristischen Besitzes und der Detention ist dem mittelalterlichen Recht völlig fremd.[8] Die scharfe Scheidung dieser Begriffe besteht in Deutschland erst seit Savigny's Abhandlung über «das Recht des Besitzes».[9] Auch im heutigen französischen Recht besteht sie nicht, so viel auch die Mehrzahl der franzö-

---

[7] Alauzet, Commentaire du Code de Commerce, Nr. 914 u. 917.
[8] Otto Mayer, die dingl. Wirkung der Obligation 1879, p. 17.
[9] Otto Mayer eod. p. 18.

sischen Juristen mit diesen Begriffen operiren.[10] Es ist dies nur «ein Hineintragen der romanistisch geschulten Denkungsweise der heutigen Juristen in das mittelalterlichen Recht», wodurch das so einfache Institut der Inhaber- und Orderpapiere vollständig verzerrt wird.

Schon historisch lässt sich demnach diese Auffassung nicht rechtfertigen. Ueberdies würde sie zu ganz verkehrten Consequenzen führen: Wäre der Besitzer, gleichgültig ob juristischer Besitzer oder blosser Detentor, Gläubiger, so wäre eine Deponirung oder Verpfändung von Inhaber- und Orderpapieren unmöglich, und doch kommt dies ausserordentlich häufig vor. Das Darlehn gegen Verpfändung von Wertpapieren bildet ein sehr wichtiges Bankgeschäft, das sog. Lombardgeschäft.[11] Durch die Verpfändung würde der Verpfänder nur das nackte Eigentum am Papier zurückbehalten; Gläubiger wäre der Pfandnehmer. Zu welchen künstlichen und gewagten Constructionen man dabei gelangt, zeigt besonders Stobbe, der zugeben muss, dass der Eigentümer «die Gläubigerschaft des Depositars oder Pfandnehmers wieder zerstören» könne; die Klage sei aber keine eigentliche Vindikation, sondern eine Klage auf «Reproduktion der verlorenen Forderung»,[12] also auf Wiederaufhebung eines völlig rechtsgültig erfolgten Rechtserwerbs, eine Art in integrum restitutio. Noch gewagter ist die Argumentation von Bluntschli:[13] «Der Besitzer ist der Gläubiger, und der Gläubiger ist Eigentümer des Wertpapiers.» Weil ich also Besitzer bin, so bin ich auch Eigentümer!

Aus dem Satze: «Gläubiger ist der Besitzer» würde folgen, dass auch der Dieb und Räuber Gläubiger werde und demgemäss der Schuldner verpflichtet sei, an ihn zu zahlen, obwohl er den Dieb oder Räuber als solchen erkennt. Der Dieb ist sogar juristischer Besitzer; denn er hat unzweifelhaft den animus rem sibi habendi.

---

[10] Otto Mayer cod p. 18 und der daselbst citirte Troplong.

[11] Vgl. das Bankgesetz vom 14. März 1875, § 13, 3 b., c., d

[12] Stobbe, Handbuch, B. 3 p. 205 unten u. 207. Vgl. über Stobbe Goldschmidt in seiner Z. f H, B. 28 p. 65 u. 66.

[13] Deutsches Privatrecht p. 511

Diese Consequenz ist auch wirklich gezogen worden: «Gläubiger ist auch der Dieb», behaupten Riesser[14] und Kuntze;[15] «aber,» heisst es dann weiter, «das Recht muss sich corrigiren»; der Schuldner kann erwidern: «Allerdings muss ich dir, dem Diebe zahlen; allein da du mir, dem Aussteller, das Papier gestohlen hast, so bist du mir zur Restitution der Sache verpflichtet; du forderst etwas von mir, was du mir wieder zurückerstatten müsstest; dolo agis, quia petis quod redditurus es, also bin ich dir gegenüber frei.»[16]

Ob der Aussteller sich mit dem Diebe in eine derartige juristische Auseinandersetzung einlassen wird, muss sehr bezweifelt werden.

Eine sehr sonderbare Ansicht stellt Bekker[17] und nach ihm Volkmar und Lœwy[18] auf; sie behaupten, Gläubiger sei das Papier selber; der Inhaber sei bloss Vertreter dieses Gläubigers nach Analogie des Satzes der Quellen: servitus fundo debetur. Schon die Analogie ist sehr unglücklich gewählt; der angeführte Satz bedeutet gar nicht, dass der fundus selbst Rechtssubject, sondern nur dass die Servitut untrennbar mit dem praedium dominans verbunden sei, und dass der Umfang, in welchem die Servitut ausgeübt werden könne, sich nicht nach den Bedürfnissen des jeweiligen Eigentümers, sondern nur nach denen des praedium dominans selbst bestimme.

Seinen Satz stützt Bekker auf eine «deutschrechtliche» Idee, auf die man schon so vieles gebaut hat. Nach dieser Auffassung wäre ja auch der Dieb als Vertreter des Gläubigers berechtigt, vom Schuldner Zahlung zu verlangen, selbst wenn der Diebstahl offenkundig wäre.

Die Ansicht Bekker's wurde vorübergehend auch einmal in Frankreich vertreten, aber nicht aus wissenschaftlichen, sondern aus sehr praktischen Rücksichten: Einige Eisenbahn-

---

[14] in Goldschmidt's Z. f. H., B. 28 p. 60.

[15] in Endemann's Handbuch, B. 4 p. 73.

[16] Riesser l. c. p. 61.

[17] in seinen Jahrbüchern des gem. Rechts I, p. 288 u. 292 ff.

[18] in Goldschmidt's Z. f. H., B. 2 p. 552.

gesellschaften wollten den Aktionären, welchen Aktien abhanden gekommen waren, keine Dividenden mehr auszahlen, obwohl dieselben alle möglichen Garantieen boten, weil sie nur dem Papier schuldig zu sein vorgaben. Der Pariser Cassationshof jedoch wies diese Auffassung zurück: L'argument, nous devons au titre et non à la personne, wurde ausgeführt, n'est qu'un jeu de mots vide de sens. On ne saurait concevoir de dette sans créancier et le créancier n'est pas le chiffon de papier, c'est une personne.[19] Dies ist auch das einzig richtige. Rechtssubject, also Gläubiger, ist nur der Eigentümer des Papiers, nicht das Papier selber. Juristische Persönlichkeit kann man nicht ohne weiteres jedem leblosen Gegenstande beilegen; dazu gehört nicht bloss eine deutschrechtliche Idee, sondern eine Bestimmung des positiven Rechts, und eine solche giebt es weder für Inhaber- noch für Orderpapiere.

Gläubiger ist also nur der Eigentümer, aber als Gläubiger legitimirt ist jeder, resp. jeder durch eine continuirliche Girokette legitimirte Inhaber[20] (WO. Art. 36); denn die Forderung lautet allgemein auf den Inhaber, resp. auf den durch die continuirliche Girokette legitimirten benannten Inhaber, d. h. an den getreuen, rechtmässigen Inhaber. Als getreu, also als rechtmässig gilt aber ein jeder Inhaber (bei Orderpapieren jeder durch die Girokette legitimirte Inhaber), da allgemein ein Mensch so lange als redlich gilt, bis man ihm nachweist, dass er ein Spitzbube sei: Quisquis praesumitur bonus, donec probetur contrarium. Die Legitimation des Inhabers zu prüfen, ist der Schuldner weder berechtigt noch verpflichtet (wohl aber bei Orderpapieren die Continuität der Girokette und die Identität des Zahlungsempfängers mit dem letzten Indossatar). Er wird durch gutgläubige Zahlung an den Präsentanten frei. Der Inhaber kann ihm einfach erwidern: das geht dich nichts an, tua non interest. Weiss der Schuldner, dass der Präsentant ein ungetreuer, unrechtmässiger Inhaber

---

[19] Vgl. Laurent l. c. p. 623.

[20] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 8 p. 332, 336, B. 9 p. 62, B. 28 p. 81. Brunner in Endemann's Handbuch B. 2 p. 163. Gierke in Goldschmidt's Z. f. H., B. 29 p. 260. Züricher Gesetzbuch, Art. 1104.

ist, oder ist z. B. die Continuität der Girokette unterbrochen, dann darf er nicht zahlen; sonst ist er in dolo.

Hiermit, sollte man meinen, wäre auch unser Thema erschöpft: die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere ist die Vindikation des Eigentums am Papiere. Das Papier vindiciren kann nur der nichtbesitzende Eigentümer gegen den besitzenden Nichteigentümer; um zu siegen, muss der Kläger sein Eigentum beweisen.

Hier ergiebt sich nun sofort die Schwierigkeit: Welcher Art ist dieses Eigentum? ist es das römische dominium, oder etwas anderes? Die Frage erscheint völlig überflüssig; welcher Art das Eigentum sei, steht ja deutlich im HGB. Art. 307: «Der redliche Erwerber wird Eigentümer; das früher begründete Eigentum erlischt.» Allein Art. 74 lautet schon ganz anders: «Der (durch eine continuirliche Girokette legitimirte) Besitzer eines Wechsels kann nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.»

Inhaber- und Orderpapiere haben genau dieselbe juristische Natur; also müssen auch für beide dieselben Rechtssätze hinsichtlich des Rechtserwerbs und der Rechtsverfolgung gelten. Jedoch schon im Wortlaut zeigt sich ein tiefgreifender Unterschied: Dort wird der Erwerber Eigentümer; hier ist gegen den Besitzer eine Klage auf Herausgabe unzulässig. Beide Artikel müssen denselben Sinn haben; einer muss also in einem andern als dem blossen Wortlaute entsprechenden Sinne verstanden werden. Welcher? Offenbar der weniger juristisch gefasste und weniger präcis ausgedrückte, also der Art. 74 der WO. Art. 307 kann unmöglich einen andern Sinn haben als den, der dem einfachen Wortlaute entspricht. Das gleiche Resultat ergiebt sich auch aus der Berücksichtigung der chronologischen Folge und der Entstehungsgeschichte der beiden Artikel: Art. 74 fällt in das Jahr 1847; er ist also der frühere, um zehn Jahre ältere. Er wurde ohne besondere Kämpfe einfach aus einem frühern Entwurfe in die WO. aufgenommen. Art. 307 dagegen wurde erst nach den heftigsten Debatten und den verschiedenartigsten Modificationen in seiner jetzigen Gestalt

beschlossen. Schon dies spricht dafür, dass er der besser redigirte ist und den Sinn richtiger wiedergiebt als Art. 74.

Auffallenderweise herrscht noch heute in der Litteratur gerade die umgekehrte Auffassung. Art. 307 soll lediglich eine auf Zweckmässigkeitsrücksichten beruhende, durchaus nicht aus dem Begriff der Inhaberpapiere sich ergebende Bestimmung über die Beschränkung der Vindikation des wirklichen Eigentümers gegen einen Nichteigentümer[21] sein, also eine Zweckmässigkeitsmassregel, um die Gerichte nicht mit ewigen Vindikations- und Evictionsprozessen zu belasten. Der wahre Eigentümer werde einem redlichem Erwerber gegenüber zurückgewiesen, ein Satz, «in dem keine juristische Logik sei». Art. 74 WO. insbesondere habe mit Art. 307 nicht die geringste Beziehung. Art. 74 habe zum Gegenstand eine actio ad exhibendum oder eine actio in rem scripta, also eine persönliche, keine dingliche Klage; bei der Klage handle es sich nur um die Gläubigerschaft; der ganze Prozess sei ein Forderungsstreit etc.

Die Frage des Eigentums an Inhaber- und Orderpapieren nach Art. 307 HGB. und Art. 74 WO. bedarf also wohl noch einer eingehendern Erörterung.

§ 6.

Das Eigentum an Inhaber- und Orderpapieren nach Art. 307 HGB. und Art. 74 WO.

Art. 307 und Art. 74 enthalten hinsichtlich des Eigentumserwerbs an Inhaber- und Orderpapieren völlig die gleichen Bestimmungen, und zwar sind es die germanischen Grundsätze des mittelalterlichen Rechts, die hier wieder zu Ehren gebracht worden sind.

---

[21] Die Hauptvertreter dieser Ansicht: Kuntze, Wolff, Brix, Hoffmann, Endemann, Kerstorf, Löhr, Makower, Auerbach, sind bei Pappenheim citirt. Vgl. dessen Begriff . . . p. 3 Anm 3. Ausserdem sind noch zu erwähnen: Gerber l. c. § 217 p. 408. Stobbe, Handbuch . . . p. 212. Thöl, Handelsrecht p. 707. Koch, Wechselrecht p. 290. Renaud, Wechselrecht, p. 337 u. a.

Die Inhaber- und Orderpapiere sind ein rein germanisches Rechtsinstitut, das sich mit Zähigkeit in völlig unveränderter Gestalt durch die römische Reception hindurch erhalten und alle Verbesserungs- und Constructionsversuche der römisch gebildeten Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts energisch abgewiesen hat. Man hat lange versucht, die Grundsätze des römischen Rechts auf sie anzuwenden, doch immer erfolglos. Die römischrechtlichen Principien musste man sämmtliche durch eine solche Anzahl von Ausnahmen durchlöchern, dass von einem wirklichen Princip gar keine Rede mehr sein kann: Die Uebertragung der Forderung soll durch Cession erfolgen; aber die Einreden ex persona cedentis sind ausgeschlossen. Dann liegt auch keine Cession mehr vor. Die Uebertragung der Forderung, behaupten andere, soll stattfinden durch Novation; allein die Novation setzt die Mitwirkung des Schuldners voraus, und diese fehlt hier absolut; der Schuldner weiss gar nicht, wer in jedem Augenblicke Gläubiger ist. Es ist also eine Novation ohne Mitwirkung, selbst ohne Wissen und Wollen des Schuldners; dann ist dies aber auch keine Novation mehr. Die Urkunde soll blosse Beweisurkunde sein. Aber die Urkunde muss der Schuldner haben; ohne Urkunde kann er sein Forderungsrecht nicht geltend machen, und wenn er fünfzig Zeugen dafür hätte, dass ihm die Forderung zustehe. Die Forderung wird erworben durch Erwerb des Eigentums an der Urkunde; dann ist die Urkunde auch mehr als blosse Beweisurkunde.

Dieselben vergeblichen Versuche werden auch hinsichtlich des Eigentums an Inhaber- und Orderpapieren gemacht: Eigentümer ist nach römischem Recht, wer eine Sache von einem Eigentümer erwirbt, wer also mit dem ersten Eigentümer durch eine vollständige lückenlose Eigentümerkette zusammenhängt. Aber den gutgläubigen Erwerber eines Inhaberpapiers muss man schützen, selbst gegen den Eigentümer; es ist dies ein unabweisbares Bedürfniss. Ohne diesen Rechtsschutz, den man dem gutgläubigen Erwerber gewährt, ist der ganze Verkehr mit den Inhaber- und Orderpapieren einfach lahmgelegt. Wenn aber der Nichteigentümer gegen den Eigentümer in Schutz genommen wird, dann kann man von einem wirklichen Eigentum und Eigentumsschutze kaum noch sprechen. Es ist

dies entweder eine Zerstörung des Eigentums, oder wir stehen hier vor einem ganz neuen Eigentumsbegriff. Letzteres ist das einzig richtige: Wie überhaupt keines der Principien des römischen Rechts auf die Inhaber- und Orderpapiere zur Anwendung kommt, so kommen vor allem nicht zur Anwendung die Grundsätze über das römische dominium, sondern einzig und allein die Grundsätze über das germanische Mobiliareigentum, welches sich vom römischen dominium fundamental unterscheidet.

Die Bestimmungen der Art. 307 und 74 sind keine aus bloss rechtspolitischen Billigkeitsrücksichten entstandene principlose, mehr rechtszerstörende als rechtsschützende Normen, auch nicht «ganz anomale, nicht aus der Natur der Sache hervorgegangene, sondern nur zur Erleichterung des Verkehrs angenommene Bestimmungen»,[1] auch keine «Singularitäten des Geldpapierrechts»;[2] sie beruhen auch nicht auf der «publica fides», auf welcher Brunner seine Theorie der Papiere öffentlichen Glaubens aufzubauen sucht,[3] sondern sind die letzte Phase einer tausendjährigen, auf einem einfachen, klaren, scharfen Princip beruhenden Rechtsentwicklung. Dies soll in folgendem kurz gezeigt werden.

Das germanische Recht kennt kein Eigentum an Mobilien;[4] es kennt nur den Besitz, die Gewere, d. h. den Gewahrsam. Wer die Macht hat, über eine bewegliche Sache zu verfügen, wer sie also in seiner unmittelbaren physischen Gewalt hat,[5] der hat auch das Recht. Der Besitz ist sein Recht: la possession vaut titre. Hat man die Sache aus seinem Machtbereich entlassen, so hat man auch kein Recht mehr an ihr.

Dies gilt aber nicht ausnahmslos: Wenn für den jetzigen Besitzer eine Verpflichtung zur Rückerstattung der Sache an den früheren Besitzer besteht, also nach römischen Rechtsbegriffen: wenn beide ein vinculum juris, ein obligatorisches

---

1 Biener in Goldschmidt's Z. f. H., B. 11 p. 3.

2 Bekker, Jahrb. d. gem. Rechts I, p. 380.

3 Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 168 ff, bes. 172.

4 Laurent l. c. p. 555. Otto Mayer l. c. p. 8.

5 Laband, Die vermögensr. Klagen p. 159 und kritische Vierteljahrsschrift B. 15 p. 416.

Band umschlingt, durch welches der Besitzer ad dandum aut restituendum adstringitur, dann hat der frühere Besitzer gegen den jetzigen eine «clage um gut» auf Rückgabe der Sache.

Das obligatorische Band kann ein doppeltes sein: obligationes nascuntur aut ex contractu aut ex maleficio; es kann also Jemand zur Rückgabe verpflichtet sein, entweder weil ihm die Sache freiwillig hingegeben, «commendirt», d. h. anvertraut war, also z. B. «czu pfande gesatzet» (verpfändet), deponirt, commodirt (obligatio ex contractu), oder weil er die Sache gestohlen oder gefunden und für sich behalten hat (obligatio ex delicto). Dieses obligatorische Band, welches beide Personen umschliesst, diese «Erstattungsobligation» entspricht vollständig der Wirkung der possession précaire des heutigen französischen Rechts,[6] d. h. des Besitzes, der für den Besitzer eine persönliche Verpflichtung zur Rückerstattung der Sache begründet, «par laquelle le possesseur est obligé personnellement à la restitution de l'objet revendiqué». Der possesseur précaire qui est tenu, à un titre quelconque, de restituer le meuble,[7] kann sich nicht auf den Satz des Code Civil Art. 2279: la possession vaut titre berufen; man hat gegen ihn eine «Klage um Gut», da seine persönliche Verpflichtung zur Rückgabe der Sache sein Recht an dieser Sache zerstört: on le repousse en vertu de son obligation personnelle.

Der Depositar oder der «Leiher» muss die Sache herausgeben; er hat sie nur erhalten unter der Verpflichtung zur Rückgabe. In gleicher Weise kann auch der Dieb oder der unredliche Finder zur Herausgabe der Sache angehalten werden, weil er nur possesseur précaire ist: en raison de son délit il est un obligé personnel tenu de restituer la chose volée ou perdue;[8] durch den Diebstahl oder die Unterschlagung hat er die Verpflichtung zur Restitution der Sache auf sich geladen. Aber nicht nur der Dieb, sondern auch jwer die Sache vom Diebe erworben hat. Der Erwerber des gestohlenen Gutes war in der Urzeit gewöhnlich nur ein Hehler. Der Diebstahl oder

[6] Ueber die possession précaire vgl nam. Mayer l. c. p. 17 ff.
[7] Folleville l. c. p. 42.
[8] Folleville l. c. p. 47.

der Verlust eines Pferdes oder Kleides[9] ward sofort ruchbar, und wer die Sache erwarb, musste wissen, dass es unrecht Gut war. Diese Bestimmung war eine dringende Notwendigkeit; denn sonst hätte man dem Diebe gar nicht beikommen können; derselbe hätte die gestohlene Sache einfach einem Helfershelfer übergeben, und so wäre der ursprüngliche Besitzer eines jeglichen Anspruchs auf das Gut verlustig gegangen. Gestohlenes und verlorenes Gut kann man also in den Händen eines jeden Besitzers verfolgen; anvertrautes Gut dagegen kann man nur von dem zurückverlangen, dem man es anvertraut hatte, von einem dritten Erwerber nicht.[10] Diesen Satz formulirte man in der verschiedensten Weise: Hand muss Hand wahren; nimm die Treue, wo du sie gelassen hast, Habe hat kein Geleit, mobilia non habent sequelam, meubles n'ont point de suite, en fait de meubles la possession vaut titre.

Ob der dritte Erwerber, also derjenige, welchem z. B. der ungetreue Depositar die Sache verkauft hatte, in bona oder mala fide war, darauf kam es ursprünglich nicht an.[11] Man konnte sich nur an den Depositar selber halten. Der Sinn aller dieser Parömien ist in allen Fällen derselbe: Eine Sache, die man «mit sinem willen uz sinen geweren» gelassen hat, kann man nur von dem zurückfordern, dem man sie gegeben hat; Sachen dagegen, die man «ane sinen willen röpliche oder diebliche» verloren hat, kann man zurückfordern, wo man sie findet.

In dieser Gestalt war der Satz für entwickeltere Verkehrsverhältnisse nicht zu gebrauchen; man modificirte ihn deshalb nach zwei Seiten hin:

I. Man statuirte vor allem das Erforderniss der bona fides des dritten Erwerbers. Somit lautet unser Rechtssatz folgendermassen:

---

[9] Sachsenspiegel II, 60: Welch man einem andern leihet oder setzet pferd oder cleit...

[10] Vgl. Laband, Vermögensr. Klagen, p. 69 unten u. 70. Der Satz lässt sich bis in die lex Ribuaria zurückverfolgen, vgl. tit. 35, 4 (ed Sohm p. 64).

[11] Ausschütz l. c. III, p. 151. Mayer l. c. p. 14. Manche, namentlich deutsche Juristen leugnen noch heute für Art. 2279 C. c. das Erforderniss der bona fides.

Der Besitzer einer Sache, der dieselbe redlich erworben hat, kann zur Herausgabe nur angehalten werden, wenn die Sache einem früheren Besitzer gestohlen oder von demselben verloren worden war. — Wenn aber die Sache nicht mehr abgestritten werden kann, so hat der frühere Besitzer kein Recht mehr an ihr; dasselbe ist auf den redlichen Erwerber übergegangen; der redliche Erwerber hat an der Sache das ausschliessliche Verfügungsrecht, das jus disponendi et prohibendi: Der redliche Erwerber ist somit Eigentümer geworden.

Hiermit haben wir Art. 306 des HGB. und Art. 2279 des Code civil gewonnen: «Der redliche Erwerber einer beweglichen Sache wird Eigentümer, ausgenommen, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.» »En fait de meubles, la possession vaut titre» (sc. de propriété). — Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose, peut la revendiquer contre celui dans les mains duquel il la trouve.»

Beide besagen absolut das Gleiche. Art. 2279 trägt nur heute noch unverändert das mittelalterliche Kleid des 13. Jahrhunderts, während Art. 306, in eine moderne, wissenschaftliche, juristische Form gebracht worden ist. Art. 2279 C. c. hat genau dieselben Erfordernisse wie Art. 306 des d. HGB.; darüber herrscht in der französischen Litteratur kaum noch ein Zweifel. Dass überhaupt je Zweifel haben entstehen können, erklärt sich daraus, dass man an der unbeholfenen altertümlichen Tracht den eingeborenen, einheimischen Rechtssatz nicht erkannte und ihn immer nur durch die Brillen des römischen Rechts betrachtete, wie uns ja der deutsche Satz: «Hand muss Hand wahren» heute durchaus unverständlich erscheinen müsste, wenn nicht sein Inhalt durch die historischen Forschungen klargestellt wäre. Heute sind in der Litteratur diese Zweifel verschwunden. In jedem Lehrbuch des französischen Rechts finden wir als Voraussetzungen des Art. 2279 aufgeführt:[12]

1. Possession à titre de propriété, d. h. keine possession précaire, die zur Restitution verpflichtet: La précarité partout où

[12] Laurent l. c. p. 560. Folleville l. c. p. 39.

on la rencontre, doit faire écarter l'application de la maxime.[13] Der Hauptanwendungsfall dieser possession à titre de propriété ist der Besitz beruhend auf Kauf («wenn Sachen veräussert und übergeben sind»).

2. Possession réelle, d. h. wirklicher Besitz, beruhend auf einer tradition manuelle, transmission de la main à la main («wenn Sachen übergeben sind»).

3. Bonne foi.

Das Erforderniss der bona fides wird zwar von manchen, namentlich deutschen Juristen (Renaud, Zachariae, Stabel, zweifelhaft Goldschmidt) geleugnet. Sie fassen also den Satz noch so auf, wie er im 12. und 13. Jahrhundert gegolten hat, und bedenken dabei nicht, dass das Recht, wie die gesammte Kultur, in ewigem Fortschritte begriffen ist und sich immer den Bedürfnissen der Zeit anpasst. Die französische Praxis und Jurisprudenz verlangt allgemein bona fides. Nur die Form, die äussere Hülle des Satzes ist geblieben; der Inhalt hat sich modificirt; der Sinn des Art. 2279 ist derselbe wie der des Art 307 HGB.; der redliche Erwerber wird Eigentümer, le possesseur de bonne foi devient propriétaire.

Für Inhaberpapiere spricht dies Alauzet offen aus: Les effets au porteur sont la propriété de celui qui en est possesseur, à moins que le demandeur en revendication ne justifie sa demande en prouvant la mauvaise foi du possesseur.[14]

Die Erstattungsobligation, die précarité des altgermanischen Rechts ist also durch das Erforderniss der bona fides erweitert

---

[13] Folleville p. 47.

[14] Alauzet l. c. Nr. 1538. Das italien. Civilgesetzbuch giebt den Art. 2279 C. c. in einer genaueren und vollständigeren Fassung wieder. Art. 707 bestimmt: «Hinsichtl. der von Natur bewegl. Sachen hat der gutgläubige Besitz die Wirkung eines Eigentumtitels.» — Ein einziger Unterschied besteht zwischen Art. 307 HGB. und Art. 2279 C. c. insofern, als letzterer keinen justus titulus verlangt, während Art. 307 HGB. die Uebergabe «auf Grund eines Veräusserungsgeschäfts», also justus titulus als Voraussetzung für den Eigentumserwerb aufstellt. Jedoch verlangt die herrschende französische Doctrin, allerdings völlig unbegründeterweise, possession en vertu d'un juste titre wie für die prescription, also bonne foi et juste titre. Vgl. Folleville l. c. p. 43.

worden; auch der Malafidebesitzer wird possesseur précaire: à raison de sa mauvaise foi il est un obligé personnel tenu de restituer.[15] Die mala fides begründet für den Besitzer ein Delikt, wenigstens ein Quasidelikt; er ist fast ebenso schuldig wie der unredliche Finder, der die gefundene Sache behält, und aus diesem Delikt entsteht für ihn die Verpflichtung zur Rückerstattung der Sache an den Eigentümer.[16] Er selbst kann also nicht Eigentümer werden; die mala fides zerstört sein Recht an der Sache.

Ausser dieser Modifikation durch das Erforderniss der bona fides für den Drittbesitzer erfuhr unser altgermanischer Grundsatz «Mobilia non habent sequelam» eine weitere Veränderung in einer anderen Beziehung:

II. Wenn Jemand eine gestohlene Sache auf einem offenen Markte oder von einem Hausirer oder Kaufmann erstand, so fiel jeder Verdacht der Hehlerei oder der mala fides fort: La bonne foi du tiers acquéreur devient éclatante.[17] Es war demnach unbillig, gegen ihn eine Klage auf Herausgabe ohne weiteres zuzulassen. Wollte der Bestohlene die Sache wieder haben, so musste er wenigstens dem Käufer den Preis ersetzen, den dieser dafür gezahlt hatte, also ihn schadlos halten. Es ist dies das System des Code civil, Art. 2280.

Für den Bestohlenen wird es aber in der Regel völlig gleichgültig sein, ob er die Sache hat oder deren Geldwert. Dieselbe Sache kann er auf dem Markte oder von dem Kaufmanne um den gleichen Preis, den er dem redlichen Erwerber erstatten müsste, sich wieder verschaffen. Es ist deshalb einfacher, man überlässt die gestohlene Sache dem redlichen Erwerber zu ungestörtem Besitze. Demgemäss lässt sich unser altgermanischer Rechtssatz in folgender Fassung ausdrücken:

«Der Besitzer einer beweglichen Sache kann nur dann zur Herausgabe derselben angehalten werden, wenn er die Sache in bösem Glauben erworben hat.» Setzen wir nun in diesen Satz statt «einer beweglichen Sache» ein einzelnes Specimen

---

[15] Folleville l. c. p. 47.

[16] Otto Mayer l. c. p. 38.

[17] Folleville l. c. p. 243.

einer solchen, z. B. den Wechsel ein, so erhalten wir Wort für Wort den Art. 74 der WO., und fassen wir unseren Satz in eine präcisere, wissenschaftlichere Form, so erhalten wir mit Ersetzung des Wechsels durch das Inhaberpapier folgendes: «Der redliche Erwerber eines Inhaberpapiers wird Eigentümer. Das früher begründete Eigentum erlischt,» also genau den Art. 307 des HGB.

Art. 307 HGB. und Art. 74 WO. sind also nichts weiter als eine Fortbildung des Art. 2280 Code civil. Art. 2280 steht noch vollständig auf dem Standpunkte der Etablissements de St-Louis: «Et il perdra son chastel (meuble), se li marchands ne l'avait achetée à la foire de Pâques, et se il l'avait achetée, il rauroit son argent par la coutume d'Orlenois et seroit hors de soupçons ce étoit hons qui eust usé et accoutumé à acheter liex choses et qui fust de bonne renommée.»[18]

Art. 2280 giebt dem früheren Besitzer noch ein Einlösungsrecht; der gutgläubige Erwerber wird nicht Eigentümer, muss aber schadlos gehalten werden. Art. 307 und 74 geben dem gutgläubigen Erwerber wirkliches, volles, definitives Eigentum.

In Frankreich besteht auch das Bestreben, den redlichen Erwerber möglichst zu schützen. Art. 2280 wird gedehnt und gezogen, so viel es eben geht: die Gerichte behandeln den Mäkler als Kaufmann, obwohl er eigentlich gar keiner ist und ihm sogar durch Gesetz untersagt ist, sich mit kaufmännischen Geschäften zu befassen; sie erklären sein Comptoir selbst zu einem endroit public, also zum marché oder foire, d. h. Jahrmarkt,[19] ähnlich wie in London jeder Waarenladen als market overt, d. h. als offener Markt gilt. Die Theorie verlangt schon dringend eine Umgestaltung namentlich des Art. 2279 hinsichtlich der Behandlung der gestohlenen Sachen. Troplong bemerkt: «On n'aperçoit pas facilement la raison de cette sévérité contre l'acheteur de bonne foi» (sc. de la chose volée).[20] Für die Inhaberpapiere wird entschieden betont, der gutgläubige Erwerber müsste unter allen Umständen Eigentümer

---

[18] Vgl. Folleville l. c. p. 18.

[19] Folleville p. 272.

[20] Vgl. Troplong bei Mayer l. c. p. 32.

werden; es sei dies vor allem ein Bedürfniss des öffentlichen Interesses.[21] Die Gleichstellung der gestohlenen und verlorenen Inhaberpapiere mit den übrigen beweglichen Sachen ist demnach durchaus keine «an sich unbillige Bestimmung» und kein «privilegium odiosum», wie Pappenheim[22] annimmt, sondern ein Erforderniss der elementarsten Billigkeit: L'article 2280 donne satisfaction complète aux notions les plus claires d'équité sociale,[23] sagen geradezu die französischen Juristen.

Somit ist die Verwandtschaft des Art. 74 WO. mit Art. 307 HGB. genügend festgestellt: Beide bringen denselben Gedanken zum Ausdruck: «der gutgläubige Erwerb begründet Eigentum.»

Art. 74 erscheint nur in einer naiven, unjuristischen, unwissenschaftlichen Fassung. Die Rechtswissenschaft sagt nicht: Wenn du die Sache gutgläubig erworben hast, so darfst du sie behalten; Niemand kann dich zwingen, sie herauszugeben, sondern: Der gutgläubige Erwerber wird Eigentümer und hat als solcher eine vollständige und ausschliessliche Verfügungsgewalt über die Sache.[24]

Art. 74 stammt aus dem Jahre 1847; damals waren die germanistischen Studien noch wenig entwickelt. Man wusste nichts von einem deutschrechtlichen Mobiliareigentum; man fasste die Rechtssätze, die sich zäh durch Jahrhunderte hindurch trotz der Reception des römischen Rechts erhalten hatten, auf als Vindikationsbeschränkungen des römischen dominiums; der wahre Eigentümer, der dominus, darf sein Eigentum von dem gutgläubigen Besitzer nicht vindiciren. Dass man dann in einem solchen Satze «keine juristische Logik» entdeckt, ist leicht begreiflich. Diese Auffassung ist, wie in zahllose Partikulargesetze, so auch in die allgemeine deutsche WO. übergegangen. Art. 307 sollte ja auch in der Form einer einfachen Vindikationsbeschränkung Gesetz werden, doch wurde er noch in letzter Stunde zu dem umgewandelt, was er auch sein soll: die Sanktion des

---

[21] Francis Ladey, vgl. bei Folleville p. 282.

[22] Pappenheim, Begriff etc. p. 18.

[23] Folleville p. 244. Vgl. auch 284.

[24] Vgl. Sohm, Institutionen 1886, p. 20.

deutschrechtlichen Mobiliareigentums, die Restauration des heimatlichen, fast völlig vergessenen Rechts. Dieses Recht war so gründlich vergessen, dass selbst die Existenz des Satzes «Hand muss Hand wahren», weil er völlig unerklärlich wäre, geleugnet, von andern aber seine wahre Bedeutung gänzlich missverstanden wurde.[25]

Es ist dies nicht entschieden genug zu betonen; denn von manchen ist der eigentliche Sinn selbst des Art. 307, so einfach, so klar und so deutlich er sich ausdrückt, nicht völlig erfasst worden. Trotz der Angriffe Goldschmidt's[26] hält z. B. Endemann[27] noch heute an seiner alten Auffassung fest, «Art. 307 bedeute eine Beschränkung der unbedingten Verfolgbarkeit des Eigentumsrechts; es sei von jeher ein Streben des Handelsverkehres gewesen, den gutgläubigen Erwerb gegen Vindikation sicherzustellen und damit in grossem Masse die Untersuchung des strengen Eigentums zu ersparen». Dem Erwerber wird gar nichts erspart; er muss sein Eigentum beweisen, wie der römische dominus sein dominium zu beweisen hat. Der Gegensatz von strengem und laxem Eigentum besteht nicht und ist auch völlig widersinnig; eine Beschränkung der Vindikation giebt es nicht. Wir finden hier dieselbe Begriffsverwirrung, wie sie vielfach auch in der französischen Jurisprudenz vorherrscht: Man scheut sich, das heilige, ehrwürdige, majestätische römische dominium, die propriété permanente, anzutasten, und sucht den Art. 2279, den fremden Eindringling, als eine einfache Einrede im Eigentumsstreite hinzustellen. Man spricht nur von einer Präclusion der Vindikation,[28] von einer unwiderlegbaren praesumptio juris et de jure, présomption invincible et irréfragable par laquelle on repousse la revendication du propriétaire.[29] Es wird nur schüchtern aus-

---

[25] Vgl. die umfangreiche Controversenlitteratur bei Gerber, System § 102 p. 189 Anm. 3.

[26] in seiner Z. f. H, B 9 p. 44 ff.

[27] Endemann, Das d. Handelsrecht. 1876, p. 346.

[28] Motive zum neuen bürgerl. Gesetzbuch III, p. 351. Stabel, Institutionen des französ. Civilrechts, 1870, p. 123.

[29] Folleville p. 48. Stabel p. 123. Aubry et Rau § 163 p. 108.

gesprochen: l'application de la maxime a pour résultat pratique l'anéantissement de son droit de propriété devenu désormais inutile, puisqu'il se trouve dépourvu de sanction par suite de la déchéance qui atteint l'action en revendication. Dann aber wird schon entschiedener betont: Un nouveau droit est donc substitué en faveur du possesseur, au droit précédent complètement anéanti; der Erwerber hat also ein neues Recht, und dieses neue Recht ist nichts weiter als das Eigentum: le possesseur conquiert nécessairement la légitimité sans réserves et sans conditions; er wird legitimer, vollberechtigter Eigentümer: Il est titulaire d'un droit originaire, il n'est pas investi d'un droit dérivé.[30] Hier liegt der Kern des Ganzen: Ein neues Eigentum entsteht; das früher begründete Eigentum erlischt. In jedem neuen Erwerber erneuert sich auch das Eigentum, und demgemäss erscheint uns nach römischen Rechtsbegriffen jeder Rechtserwerb als ein originärer. Hierdurch löst sich jede Schwierigkeit. Das römische Recht ist auch hier depossedirt; der Satz: «Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet» ist aufgehoben und damit die ganze römische Lehre vom derivativen Eigentumserwerb. Das vielverspottete, verachtete deutsche Esels- und Bauernrecht, das jus asininum et barbarum des Mittelalters hat den geschmeidigen, mit allen Waffen der Wissenschaft gerüsteten Römer zu Boden gestreckt; das römische Eigentum ist vernichtet.

Von manchen ist dies noch nicht deutlich erfasst; die Phrase von der germanisch-rechtlichen Beschränkung der Vindikation[31] tönt noch immer und wird auch noch weiter tönen. Es wird noch oft wiederholt werden, was schon in der Nürnberger Commission betont wurde: «Durch die Beschränkung der Vindikabilität von Mobilien würde man mit der allgemeinen Rechtsanschauung in Conflict treten; es würde die Lehre vom Eigentum in ihren Grundlagen erschüttert und letzteres nahezu auf-

---

[30] Folleville p. 150 u. 151.

[31] Wolff z. B. in Goldschmidt's Z. f. H., B. 7, spricht von Art. 307 noch immer als einer Beschränkung der Vindikation; vgl. p. 63 u. 64.

gehoben.»[32] Dies war allerdings richtig: der Conflict mit der Rechtsanschauung besteht noch heute, aber nicht mit der natürlichen, einheimischen, volkstümlichen Rechtsauffassung, sondern mit der des Corpus Juris. Das Eigentum ist in seinen Grundlagen erschüttert; es ist selbst völlig vernichtet; aber nicht unser eigenes, einfaches und praktisches Eigentum, sondern das zwar klassische, aber fremde, unbeholfene und «schwerfällige» Eigentum des römischen Rechts.

Wie fest die romanistischen Anschauungen wurzelten, geht schon daraus hervor, das Art. 307 unter römischem Namen hereingeschmuggelt werden musste: «Die Idee, hiess es, sei selbst dem römischen Recht nicht fremd, treffe vielmehr mit der Rechtsidee von der Ersitzung redlich erworbener Mobilien in der Hauptsache zusammen und unterscheide sich von ihr nur durch die Uebergehung der willkürlichen justinianischen Fristen.»[33] Welche auffallende und überraschende Aehnlichkeit in dieser Auffassung des Art. 307 HGB. mit der des Art. 2279 C. c. in der französischen Litteratur herrscht, hebt namentlich Otto Mayer hervor:[34] Gegen die Angriffe der Romanisten, welche klagen, dass ein solcher Satz mit den rechtlichen Grundprincipien aller civilisirten Völker in Widerspruch stehe, wird geltend gemacht: la prescription, au lieu de durer trente ans, dix ans ou trois ans, est instantanée, eine Theorie, die, obwohl wissenschaftlich eine «Ungeheuerlichkeit» (Verjährung ohne Zeitablauf), in Frankreich die herrschende, aber deshalb völlig unschädlich ist, weil das praktische Resultat allerdings das gleiche ist: der redliche Erwerber wird Eigentümer, und zwar sofort.

Hiermit haben wir auch die Möglichkeit gewonnen, den tieferen Grund der ungeheuren Controversenlitteratur über die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere vor dem Erscheinen

---

[32] Protokolle des HGB., p. 4607.

[33] Protokolle p. 4610: Dieselbe Argumentation findet sich übrigens wieder in den Motiven zum neuen d. bürgerl. Gesetzbuch III, p. 342: Die Rechtsgestaltung ist von der römischen im Resultat nicht zu sehr verschieden. Streicht man das Erforderniss der Zeit bei der Usucapion etc.

[34] Otto Mayer l. c. p. 1 bis 3.

der WO. und des HGB. zu begreifen: Dass die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere so mannigfache Schwierigkeiten bereitet hat und notwendig bereiten musste, erklärt sich einzig und allein daraus, dass in Deutschland das römische Recht und damit die römische Eigentumslehre als gemeines Civilrecht gilt und vor dem Inkrafttreten der WO. und des HGB. auch als gemeines Handels- und Wechselrecht Geltung hatte. Zwischen der römischen Eigentumslehre und dem rein auf deutschrechtlichen Principien beruhenden Institut der Inhaber- und Orderpapiere entspann sich naturgemäss ein Conflict, der schliesslich dem römischen Eigentum den Untergang bereitete; die Compromisse durch die Beschränkung der Vindikation erwiesen sich wissenschaftlich als völlig unhaltbar.

Vor der WO. und dem HGB. zeigt sich in Deutschland ein ganz auffallender Contrast zwischen Theorie und Praxis hinsichtlich der Behandlung der Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere: Auf der einen Seite steht die Theorie,[35] die anfangs nur ganz schüchtern, dann aber immer nachdrücklicher betont, auf unsere Papiere müssten principiell sämmtliche Grundsätze des römischen Eigentums und dessen Verfolgung durch die reivindicatio und actio Publiciana unbeschränkt zur Anwendung kommen; jede Beschränkung der Vindikation sei nur «eine principlose Billigkeit» (Savigny) und «contra rationem juris» (Unger), folge durchaus nicht «aus der Natur des Instituts» und lasse sich juristisch gar nicht rechtfertigen.

Auf der anderen Seite steht die Auffassung des gewöhnlichen Volkes, besonders des Kaufmannsstandes, der dringende und wiederholte Petitionen um Beschränkung der Vindikation an die Regierung richtet, weil sonst der Handel mit Wertpapieren völlig lahmgelegt sei.[36] Dieser Auffassung schliesst

---

[35] Kind, Glück, Kerstorf, Mittermaier, Phillips, Treitschke, Loebe, A. Chr. J. Schmid, Savigny, Renaud, Gengler, Beseler, Gerber, Kuntze, Bluntschli, Mühlenbruch (schwankend), Unger etc. Vgl. z. B. Savigny, Obligationenrecht II, p. 138, 142 u. 170, und Kuntze, Inhaberpapiere p. 675, «diese Ansicht hat unter den Theoretikern das Uebergewicht gewonnen».

[36] Vgl. die Petitionen des Leipziger Handelsstandes 1839 u. 1842 bei Kuntze l. c. p. 654 f.

sich auch die Praxis der Gerichte an, die die Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber fast constant versagt; «die Präjudizien in diesem Sinne häuften sich immer mehr».[37] Jedes Urteil, das dem gutgläubigen Erwerber den Schutz verweigert oder ihn nur mit Mühe, meistens nur aus blossen Zweckmässigkeitsrücksichten und unter Berufung auf ein allgemeines Gewohnheitsrecht (dessen Existenz aber von der Theorie auf das entschiedenste geleugnet wurde), zu schützen vermag, wird vom Publikum mit grossem Befremden aufgenommen und selbst als Anlass zu Anträgen und Gesetzesvorschlägen in den verschiedenen Kammern der deutschen Einzelstaaten benutzt.[38] Art. 74 der WO. ist z. T. nur infolge eines der Auffassung des Handelstandes widersprechenden Urteils des OAG. Lübeck, «das grosses Aufsehen erregt hatte»,[39] in das Gesetzbuch aufgenommen worden.

Der Praxis folgte auch die Gesetzgebung. Ende der fünfziger Jahre war in fast sämmtlichen deutschen Staaten[40] (Mecklenburg ausgenommen) die Vindikation gegen den gutgläubigen Erwerber eines Inhaberpapiers ausgeschlossen, doch wurden diese Vindikationsbeschränkungen von der Theorie nur als «einige partikularrechtliche Abweichungen» behandelt.

Es zeigt sich hier ganz deutlich, was auch in der Nürnberger Commission hervorgehoben wurde, dass «überall, wo

---

[37] Kuntze l. c. p. 653, 669, 675 u. Wolff l. c. p. 53.

[38] Vgl. z. B. die Entstehungsgeschichte des hannoverschen Gesetzes von 1859 in Goldschmidt's Z. f. H., B. 2 p 544 von Düring und die des Basler Gesetzes vom 7. März 1864 in Z. f. H., B. 2 p. 545, B. 7, p. 506 f., 514, 515, 531 oben u. B. 9 p. 127.

[39] Wechselprotokolle § 727. Vgl. auch Munzinger, Motive zum Entw. eines schweiz. Handelsrechts p. 129: «Das Rechtsbewusstsein des verkehrtreibenden Publikums wendet sich immer deutlicher und entschiedener dem Grundsatze der Nichtvindikabilität zu und übt einen sichtbaren Einfluss auf die Legislation aus.»

[40] Es waren dies die folgenden: Oesterreich, Preussen, Sachsen, Bayern, Hannover, Württemberg, Baden, Kurhessen, Grossh. Hessen, Nassau, Braunschweig, das Gebiet der Oberlandesgerichte Jena u. Zerbst (Sachsen-Weimar, Sachsen-Koburg-Gotha, Meiningen, Sachsen-Altenburg, Sondershausen), Frankfurt und die übrigen freien Reichsstädte.

der Handel sich in grösseren Verhältnissen entwickelt hat, das römische Recht mit seinem Vindikationssysteme nicht durchgedrungen ist; es haben vielmehr die entsprechenden Rechtssätze des germanischen Rechts Geltung behalten und sind auch wieder in die Gesetzgebung der neueren Zeit übergegangen. Der Handelsstand hatte kaum eine Ahnung, wie gefährlich seine Stellung nach dem römischen Rechte sei. Das römische Rechtssystem ist gar nicht in das Verkehrsleben eingedrungen, und demgemäss würden Vindikationsprozesse selten erhoben.»[41]

Die Bestimmungen des Art. 307 HGB. sind daher nur die Sanktion der natürlichen Auffassung des Volkes, in welchem unbewusst trotz der Reception des römischen Rechts die alten deutsch-rechtlichen Principien weiter schlummerten; sie bilden den Schlussstein in der tausendjährigen Entwickelung eines schlichten und einfachen, den heutigen Verkehrsverhältnissen völlig entsprechenden Rechtssatzes.

Hieraus erklärt sich auch, warum die Frage der Vindikation der Inhaberpapiere in Frankreich verhältnissmässig so geringe Schwierigkeiten gemacht hat: Die Franzosen haben für ein germanisches Rechtsinstitut auch ein germanisches Recht; deshalb konnte ein Conflict gar nicht entstehen, und wenn sich heute in dieser Frage einige Schwierigkeiten[42] ergeben, so erklärt es sich daraus, dass das heutige französische Mobiliarrecht, also namentlich Art. 2280, auf den es hauptsächlich ankommt, noch auf dem Standpunkte des 13. Jahrhunderts steht und infolgedessen den heutigen Verkehrsbedürfnissen nicht mehr völlig genügen kann. Dass die Entwicklung in der Richtung des Art. 307 des d. HGB. weiter fortschreiten wird, unterliegt keinem Zweifel.[43]

Ganz dasselbe gilt auch von Art. 74 WO. Art. 74 hat mit Art. 307 ein gleiches Schicksal geteilt: In der 22. Sitzung wurde er mit 10 gegen 9 Stimmen abgelehnt, in der 31. Sitzung

---

[41] Protokolle p. 4608. Vgl. auch Kuntze, Inhaberpapiere p. 651.

[42] Vgl. oben p. 57.

[43] Vgl. oben p. 57 und Otto Mayer l. c. p. 32. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p. 67.

mit 17 gegen 2 Stimmen schliesslich angenommen. Art. 74 enthält für die Orderpapiere trotz des so völlig verschiedenen Wortlauts genau dieselbe Bestimmung wie Art. 307 des HGB. für die Inhaberpapiere. Er bedeutet keine prozessualische Zweckmässigkeitsmassregel, welche das Verkehrsbedürfniss contra rationem juris erzwungen hat, sondern eine fundamentale, der Natur der Orderpapiere völlig entsprechende Rechtsnorm über Erwerb und Verlust des Eigentums und damit zugleich über Erwerb und Verlust der Forderung, die in dem Papiere enthalten ist. Dass die WO. nur vom Besitz des Wechselbriefes spricht und keine Bestimmung über die Rechtsverhältnisse an der Forderung enthält, kommt nicht in Betracht; die Forderung teilt Wohl und Wehe des Papiers. Der Eigentümer des Papiers ist als solcher zugleich auch Gläubiger der Forderung; es folgt dies unbedingt aus der Natur des Orderpapiers als Skripturobligation. Die WO. spricht überhaupt kaum von der Forderung, sondern immer nur vom Wechselbriefe; so heisst es z. B. in Art. 36 nicht: «Der Inhaber eines Wechsels ist als Gläubiger der Forderung legitimirt, sondern als Eigentümer des Wechsels (ebenso Art. 9, 17, 21 etc).»

Die Klage auf Herausgabe des Art. 74 bedeutet demgemäss weiter nichts als eine einfache Eigentumsklage, also eine wirkliche Vindikation,[44] und die Unzulässigkeit dieser Klage gegen den Bonafideerwerber bedeutet nichts weiter, als dass derselbe Eigentümer geworden und infolgedessen das Eigentum des früheren Besitzers erloschen ist. Dass Art. 74 die Eigentumsverhältnisse regeln will, geht ja schon deutlich genug aus seiner Verweisung auf Art. 36 hervor, der den Inhaber eines Wechsels als Eigentümer legitimirt sein lässt. Kommt zu der Innehabung noch bona fides, dann ist er nicht bloss als Eigentümer legitimirt, sondern er ist wirklicher Eigentümer geworden. Uebrigens lassen auch die Protokolle nicht den geringsten Zweifel darüber; es heisst nämlich in § 737: «Endlich kam in Anregung, ob der bonafideipossessor eines gestohlenen oder

---

[44] Ladenburg im Archiv f. Wechselrecht, B. 13 p. 23. Wolff l. c. p. 63 f. Lehmann l. c. p. 12, 213, 219. Goldschmidt in seiuer Z. f. H., B. 8 p. 325 ff.

verlorenen Wechsels dem wahren Eigentümer vorgehen oder nachstehen solle?» «Es sprachen sich mehrere Stimmen aus, welche den Vorschlag insbesondere auch als Consequenz des Grundsatzes unterstützten, dass der Forderungsberechtigte Eigentümer des Papiers sei.» Ferner in § 1181: «In der Regel müsse angenommen werden, dass das Eigentum des Wechsels auch durch ein falsches Indossament gültig übertragen werde, und dass auch die einem falschen Indossamente vorausgehenden Indossanten den späteren Indossataren verhaftet seien.»[45] Der redliche Erwerber wird also Eigentümer; das Recht des früheren Besitzers ist «complètement anéanti»,[46] d. h. er hat sein Eigentum zu Gunsten des redlichen Erwerbers verloren: «das früher begründete Eigentum erlischt.»

Ein einziger Unterschied zwischen Art. 74 und Art. 307 besteht allerdings (natürlich abgesehen von dem Erforderniss der Girokette): Art. 74 verlangt nicht, wie Art. 307, einen Besitzerwerb auf Grund eines Veräusserungsgeschäftes, setzt also nicht wie jener einen justus titulus voraus. In der Wechselconferenz hob zwar der Hamburger Abgeordnete bei der Debatte hervor, man müsse die Vindikation gegen den Besitzer ausschliessen, «welcher den Wechsel mit richtigem Titel . . . erworben habe». Allein damals ging der Antrag nicht durch, und als man in der 31. Sitzung einen zweiten einbrachte, hatte man den justus titulus vergessen. Der Eigentumserwerb nach Art. 74 setzt also nur bonaefideipossessio und keinen justus titulus voraus. Erhebliche Differenzen werden sich allerdings in der Praxis keine ergeben. Es ist natürlich, dass sich der «possesseur précaire qui est tenu à un titre quelconque de restituer la chose», also z. B. der Depositar oder Pfandgläubiger, nicht auf Art. 74 berufen kann, nicht deshalb, weil er keinen justus titulus hat, sondern weil er bereits mit einer persönlichen Klage, z. B. der actio depositi, zur Restitution der Sache angehalten werden kann. Es ist auch für Art. 74 ein «obligationsfreier Besitz»,[47] d. h. ein Besitz, der nicht zur Rückgabe verpflichtet,

---

[45] Vgl. Lehmann l. c. p. 221.

[46] Vgl. oben p. 60.

[47] Ueber den «obligationsfreien Besitz». Vgl. Otto Mayer l. c. p. 54.

erforderlich. Durch den Mangel des justus titulus wird man aber in der Regel indirekt den Nachweis der malafides des Erwerbers führen können.

Wir gelangen somit zu folgendem Ergebniss: Die Vindikation sowohl der Inhaber- als der Orderpapiere ist eine eigentliche und wirkliche Vindikation, d. h. eine Eigentumsklage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer auf Herausgabe der Sache, und zwar eine durchaus unbeschränkte Vindikation; «germanisch-rechtliche Vindikationsbeschränkungen» giebt es nicht.

Es erscheint jedoch die völlig gleichartige Behandlung der Inhaber- und Orderpapiere noch immer nicht vollständig gerechtfertigt: Art. 307 spricht bloss vom redlichen Erwerber, Art. 74 vom gutgläubigen, nicht grob fahrlässigen. Art. 74 scheint also die Voraussetzungen des Eigentumserwerbs mehr verschärft zu haben als Art. 307; denn grobe Fahrlässigkeit ist noch keine Unredlichkeit; einen leichtsinnigen Menschen wird man noch nicht unredlich nennen. Die englische WO. von 1882 z. B. scheidet grundsätzlich dolus und culpa lata; sie bestimmt in Art. 90: Im Sinne des Gesetzes gilt eine Sache als in gutem Glauben (good faith) gethan, wenn sie ehrenhaft (honestly) vor sich ging, gleichgültig ob nachlässigerweise oder nicht (wether negligently or not).

Auch nach einer anderen Seite hin erheben sich Bedenken: Art. 282 hat die Scheidung von culpa lata und culpa levis und levissima für den Handelsverkehr aufgehoben. Art. 307 würde demnach von diesem allgemeinen Grundsatze wieder eine Ausnahme machen, wenn man auch die culpa lata unter den Begriff der Unredlichkeit fassen wollte; die culpa lata käme so durch eine Hinterthüre wieder in das HGB. herein.

Trotz dieser Bedenken jedoch wird man für Art. 307 eine Haftung für culpa lata annehmen müssen, also den culpa lata-Erwerber nicht Eigentümer werden lassen, schon aus praktischen Rücksichten als Gegengewicht gegen den Ausschluss der Rechtsverfolgung bei gestohlenen und verlorenen Sachen. Der Begriff der Redlichkeit ist demgemäss in einem beschränkteren Sinne aufzufassen, als dies nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche der Fall ist. In der Theorie besteht auch darüber

kein Zweifel: Goldschmidt begreift auch culpa lata unter mala fides, hauptsächlich nach Analogie von Art. 74 WO. und nach den allgemeinen Principien des römischen Rechts und der modernen Codifikationen.[48] Auch der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches stellt in Art. 877 die culpa lata dem dolus zur Seite. Die von Goldschmidt citirten Fälle des Corpus Juris handeln alle von einer crassen Nachlässigkeit, crassa, dissoluta, summa negligentia, ein Nichtwissen von Dingen, von denen sonst jeder im ganzen römischen Reiche Kenntniss hat: quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignoret? Heutzutage wird der Richter selbst eine weniger crassa negligentia schon als culpa lata ansehen. Das Reichsgericht stellt es z. B. als zweifelhaft, doch nicht als unmöglich hin, dass das blosse Ankündigen des Diebstahls oder Verlustes in öffentlichen Blättern für den Banquier, der davon keine Kenntniss genommen, eine grobe Fahrlässigkeit begründen könne. Dass die culpa lata unter Art. 307 falle, ist heute allgemein anerkannt und wird anderweitig noch damit motivirt, dass die Haftung für culpa lata ein Postulat von «Treu und Glauben sei, worauf das Institut des Art. 307 recht eigentlich gegründet sei». «Die Unterlassung der gewöhnlichen Sorgfalt ist nicht die Eigenschaft eines redlich handelnden.»[49] Ein Antrag auf ausdrückliche Aufnahme der culpa lata in Art. 307 wurde nur infolge der Aengstlichkeit der Commissionsmitglieder abgelehnt, weil eine Bestimmung darüber in das Civilrecht eingreifen und deshalb ihre Competenz überschreiten würde.[50]

Das Reichsgericht hat in wiederholten Entscheidungen ausgesprochen, dass auch grobes Verschulden die Redlichkeit ausschliesse.[51]

Die Voraussetzungen des Eigentumserwerbes an Inhaber- und Orderpapieren nach Art. 307 HGB. und Art. 74 WO. sind demgemäss folgende:[52]

---

[48] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p. 29 ff.

[49] Hauser in Siebenhaar's Archiv f. Wechselrecht, B. 16 p. 287 u. 299, ebenso Entsch. des Reichsgerichts, B. 6 p. 23.

[50] Protokolle p. 5091.

[51] Entsch. d. Reichsgerichts, B. 6 p. 22 u. 87.

[52] Vgl. Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p 14 ff. Laband eod p. 273. Mayer l. c. p. 53.

1. Bei Inhaberpapieren Besitz beruhend auf Veräusserung und Uebergabe. Es ist somit erforderlich justus titulus und traditio.

Bei Orderpapieren genügt bereits der (durch die continuirliche Girokette legitimirte) Besitz ohne Rücksicht auf die causa, den Erwerbsgrund. Es gilt also in vollem Umfange der Satz des Code civil Art. 2279: La possession vaut titre; der Besitz allein bildet schon einen genügenden Titel.

Im Gebiete des französischen Rechts stehen sich Art. 307 und 74 auch in dieser Beziehung völlig gleich, da Art. 308 HGB. die Landesgesetze, welche für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen enthalten, ausdrücklich aufrechterhält. Es wird somit der redliche Besitzer gegen jede Rechtsverfolgung geschützt, ohne Rücksicht auf den Erwerbstitel; doch gemeint ist natürlich nur der Besitzer, der nicht possesseur précaire ist: «An den Besitz darf sich keine Obligation anknüpfen, welche die Sache noch mit dem früheren Besitzer verbindet.»[53] (Vgl. oben p. 55.)

«Veräusserung» ist jedes Geschäft, welches auf Eigentumsübergang gerichtet ist, im Gegensatz besonders zur altgermanischen «Leihe», commendatio, also jedes se exitum facere, sich entäussern, gleichgültig ob titulo oneroso oder lucrativo. Wolff verlangt einen titulus onerosus, weil der Ausdruck «veräussert und übergeben» offenbar absichtlich gewählt sei, um einen Erwerb zu lästigem Titel zu statuiren. Wolff fühlt sich in dieser Auffassung bestärkt durch die Protokolle, die ausdrücklich hervorheben, dass «durch die Beschränkung der Vindikation der Credit gewinne».[54]

Die nationalökonomischen Rücksichten, die die Commissionsmitglieder bei ihrem Werke leiteten, sind für uns völlig irrelevant, und übrigens spricht Art. 307 nicht von einer Vindikationsbeschränkung, sondern von den Voraussetzungen des derivativen Eigentumserwerbes. Veräussern, alienare, heisst sein Eigentum aufgeben; dazu gehört vor allem Kauf, Tausch, Hin-

---

[53] Otto Mayer l. c. p. 53.

[54] Wolff in Goldschmidt's Z. f. H., B. 7, p. 63 f. contra Goldschmidt u. Brunner l. c. p. 207.

gabe an Zahlungsstatt und auch Schenkung. «Mit der Forderung des Veräusserungsgeschäftes ist im Grunde nichts anderes gesagt als der Ausschluss der possession précaire.»[55] Durch den Ausdruck «Uebergabe auf Grund eines Veräusserungsgeschäftes» soll nur der Gegensatz zur Uebergabe zur Leihe, zur Satzung, zum Depositum, zur Reparatur, zum Depositum, zur Transport etc. hervorgehoben werden, also die Uebergabe, welche den Empfänger wieder zur Rückgabe verpflichtet, wo also «Hand die Hand wahrt».

Die Papiere müssen tradirt, übergeben sein, d. h. sie müssen aus der Hand des Veräusserers in die Hand und damit in den Gewahrsam des Erwerbers übergehen; der Besitz muss beruhen auf einer tradition manuelle, transmission de la main à la main.[56] Constitutum possessorium oder symbolische Tradition genügt nicht.[57] Das germaniche Recht kennt überhaupt nicht diese Verbindung «der Willensrichtung, in welcher der Besitz ausgeübt wird» (animus rem sibi oder alteri habendi), mit der Sache; es ist viel naiver und sinnlicher: eine Sache besitze ich nur, wenn ich sie «in minem wehren», d. h. in meinem unmittelbaren Gewahrsam habe. Deshalb kennt es an Mobilien nur ein Faustpfand und keine Hypothek (HGB. Art. 309). Im französischen Rechte, das so viele altgermanische Rechtsprincipien treu bewahrt hat, spielt das constitutum possessorium gar keine Rolle.[58]

2. Der Erwerber darf nicht in mala fide sein, d. h. er muss die rechtlich entschuldbare Ueberzeugung haben, dass sein Erwerb ein rechtmässiger sei. Er wird demgemäss nicht Eigentümer einmal, wenn er diese Ueberzeugung nicht hat, wenn er also bewusst unredlich handelt, z. B. ein Dieb ist, und ferner zweitens, wenn seine Ueberzeugung nicht rechtlich entschuldbar ist, weil sie auf grober Fahrlässigkeit beruht. Die mala fides zerstört das Recht des Erwerbers an der Sache; an

---

[55] Otto Mayer l. c. p. 53.

[56] Folleville l. c. p. 55.

[57] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p. 15 u. 17. Hauser l. c. p. 274. v. Hahn l. c. p. 143. Amschütz l. c. zu Art. 306.

[58] Otto Mayer l. c. p. 19.

seinen Erwerb knüpft sich eine Erstattungsobligation; er kann nicht Eigentümer werden (vgl. oben p. 54 f.).

Es genügt bona fides und Abwesenheit von culpa lata im Moment des Erwerbs; denn Art. 306 und 74 sprechen vom «redlichen Erwerber», und «wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt». Die Frage, ob mala fides superveniens den Eigentumserwerb wieder aufhebe, ist völlig überflüssig, weil sich dieser Satz nur auf einen Eigentumserwerb durch Zeitablauf, also durch Verjährung bezieht, und hier von einer Verjährung, nicht einmal von einer Immediatverjährung (prescription instantanée), «bei welcher dem Erwerber geradezu die Verjährungszeit erlassen werde»,[59] absolut nicht die Rede sein kann. Uebrigens ist die mala fides superveniens nur eine Erfindung der theologisirenden, scholastischen, canonistischen Jurisprudenz des Mittelalters, durch welche das Institut der Usukapion vollständig entstellt wird. Das französische Recht hat die mala fides superveniens nicht recipirt; Art. 2269 C. c. bestimmt: Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition.

Bona fides muss aber vorhanden sein während des ganzen Erwerbsaktes, welcher dauert vom Moment des Vertragsabschlusses bis zur Besitzergreifung: «la bonne foi de l'acquéreur doit avoir été persévérante du moment du contrat jusqu'au moment de la tradition et jusqu'à son entrée en possession,»[60] denn es heisst in Art. 306: wenn . . . dem Erwerber bei der Veräusserung unbekannt war.

Dies sind die Erfordernisse des Eigentumserwerbs nach Art. 307 und 74, aber auch nur diese. Es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn Hauser behauptet: «Ist die verkaufte Sache übergeben, aber der Eigentumserwerb von der Zahlung des nichtcreditirten Kaufpreises abhängig (wie es ja nach römischem Rechte der Fall ist), so erlangt der redliche Erwerber erst im Momente der Zahlung das Eigentum, weil das Verhältniss nicht

---

[59] Borchardt in Weiske's Rechtslexikon, verbo Wechsel p. 311.

[60] Folleville l. c. p. 39. Vgl. auch Goldschmidt, Z. f. H., B. 9 p. 37.

günstiger sein kann, wenn von einem Nichteigentümer, als wenn von dem Eigentümer erworben wird.»[61] Ob das römische Recht den Eigentumsübergang an die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises knüpft, ist für unseren Fall ebenso gleichgültig wie die Frage, ob der Veräusserer Eigentümer war oder nicht. Der redliche Erwerber wird Eigentümer, und zwar im Moment des Erwerbs; das früher begründete Eigentum erlischt. Es geht somit kein Eigentum über, sondern für den ursprünglichen Eigentümer geht es unter, und für den redlichen Erwerber entsteht es in neuer Gestalt. Deshalb trägt der Eigentumserwerb nach Art. 307 und 74 den Charakter eines originären, und nicht eines derivativen Erwerbs; es kann Jemand Eigentümer werden, auch wenn sein Auctor es nicht war, wie im römischen Recht Jemand durch dreijährigen Besitz einer Mobilie das Eigentum an ihr erlangen kann, auch wenn sein Vorgänger nicht Eigentümer war, und zwar nach den Rechtsprincipien des römischen Rechts als ein originäres Eigentum. Diese Aehnlichkeit des Eigentumserwerbs nach Art. 307, 74 und Art. 2279 C. c. mit dem römischen Usukapionseigentum ist es auch, die zu der Theorie der prescription instantanée geführt hat.

In gleicher Weise ist es unrichtig, wenn Thöl behauptet: «Auch das Wissen, dass der Wechsel einem früheren Inhaber gestohlen oder verloren, wenngleich von einem späteren in gutem Glauben erworben worden ist,» hindert den Eigentumserwerb.[62] Der gutgläubige Vormann ist ja Eigentümer geworden, und dadurch verliert der Bestohlene sein Eigentum definitiv; es heisst ausdrücklich: «das früher begründete Eigentum erlischt.» Ob der spätere Erwerber weiss, dass der Wechsel einem früheren Besitzer gestohlen worden ist oder nicht, ist für seinen Eigentumserwerb völlig gleichgültig.

II. Der bis jetzt erörterte Eigentumserwerb gemäss Art. 307 HGB. und 74 WO. ist nur ein Fall des Eigentumserwerbs, aber allerdings für die Inhaber- und Orderpapiere der Haupt-

---

[61] Hauser l. c. p. 295. Aehnlich auch Goldschmidt für den Wechsel in seiner Z. f. H., B. 8 p. 329 II Nr. 2.

[62] Thöl, Wechselrecht p. 710 a.

fall. Die übrigen Erwerbsarten spielen kaum eine Rolle; Schatzerwerb und Erwerb durch Occupation herrenloser Papiere dürfte kaum vorkommen. Für diese übrigen Erwerbsarten gilt das römische Recht. Von irgend welcher Bedeutung ist wohl nur der Eigentumserwerb durch Ersitzung, und hier zeigt sich wieder ganz besonders der Contrast zwischen römischer und germanischer Rechtsanschauung in seiner vollen Schärfe: In der Regel wird ein Eigentumserwerb durch Usukapion überflüssig sein, da Bonafidebesitz, in Verbindung mit justus titulus, bei Orderpapieren sogar ohne justus titulus, bereits sofort zum Eigentum führt. Bei Inhaberpapieren darf aber der titulus kein blosser Putativtitel sein; denn Art. 307 verlangt wirkliche Veräusserung (auch für C. c. Art. 2279 leugnet die Theorie, die justus titulus verlangt, dass ein Putativtitel genüge). Auf Grund eines Putativtitels wird der Erwerber nicht Eigentümer, wohl aber Usukapionsbesitzer, wenn noch possessio und bona fides hinzukommen, und er kann demgemäss nach Ablauf der gesetzlichen Zeit das Eigentum durch Usukapion erwerben. Unter diesen Putativtiteln kommt dem titulus pro herede eine besondere Bedeutung zu: Findet ein Erbe in der Erbschaft eine Sache, die dem Erblasser zum pignus oder depositum gegeben war, so kann er die Sache usukapiren, wenn er aus einem entschuldbaren Irrtum annimmt, sein Erblasser sei Eigentümer gewesen; nach drei Jahren wird er also Eigentümer aus dem Putativtitel pro herede (vgl. l. 5 D. 41. 10 u. l. 3 D. 41. 5).

«Nach germanischem Recht dagegen erlangt der Erbe nur diejenigen Rechte an der Nachlasssache, welcher der Erblasser an derselben hatte; das Erben für sich allein ist demnach gar kein Rechtstitel auf die Sache. Dass der Erbe eine seinem Erblasser nicht gehörige, ihm nur anvertraute Sache dem Deponenten, Leiher etc. herausgeben muss, unterliegt keinem Zweifel.»[63] Dieser altgermanische Grundsatz gilt im französischen Rechte noch heute: les héritiers d'un dépositaire, d'un commodataire, d'un vendeur ne sont que les continuateurs de

---

[63] Laband, Vermögensr. Klagen p. 141 und der daselbst citirte Lewis, Succession des Erben p. 94 f., 101 f., 143.

la personne de leur auteur prédécédé; par conséquent, nous leur refuserons le bénéfice de l'article 2279 à raison de leur qualité d'obligés personnels. Der Depositar, commodatar etc. ist possesseur précaire, und die précarité geht auf die Erben über; die Erben sind ebenfalls personnellement tenus de restituer (vgl. C. c. Art. 724, 2236, 2237). [64] Nach französischem Recht liegt demnach die Sache ausserordentlich einfach: Der Erbe des Depositars kann nicht usukapiren; das vitium der précarité knüpft die Erstattungsobligation an die Sache und hindert seinen Rechtserwerb. [65] Nach deutschem Recht dagegen, d. h. nach dem gemeinen römischen Recht wird der gutgläubige Erbe des Depositars Usukapionsbesitzer der Sache mit der Möglichkeit, das Eigentum daran zu erwerben.

§ 7.

Das Resultat.

Auf Grund unserer bisherigen Erörterung gelangen wir zu folgendem Endergebniss:

Die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere ist keine persönliche, sondern eine dingliche Klage, eine wirkliche Eigentumsklage. Die Vindikation ist demgemäss keine Klage des Gläubigers gegen den Eigentümer des Papierstreifens, das für den letzteren von gar keiner Bedeutung ist, keine persönliche Klage des Gläubigers auf Herausgabe des Papiers, «aus dem Grunde, weil er als Gläubiger ein Recht auf das Papier hat», gegen jeden dritten Besitzer desselben, keine actio in rem scripta, wie Unger annimmt.[1] Gläubigerschaft und Eigentum an der Urkunde können nie und nimmer auseinanderfallen; deshalb kann auch der Gläubiger gegen den Eigentümer nie eine Klage anstellen. Der ganze Prozess ist kein Forderungs-, sondern ein Eigentumsstreit: es handelt sich um das Eigentum

---

[64] Folleville l. c. p. 46.

[65] Die Klage gegen ihn ist sogar unverjährbar: Les héritiers de ceux qui tenaient précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire. Art. 2237

[1] Unger l. c. p. 138 f.

an der Urkunde und damit zugleich um die Forderung; denn Gläubiger ist einzig und allein der Eigentümer des Papiers.

Die Klage ist somit auch keine actio ad exhibendum, weil dieselbe ebenfalls nur eine persönliche Klage ist: est autem personalis haec actio. Das Fundament der Klage bildet nicht die Gläubigerschaft, sondern das Eigentum.

Die Klage ist ebensowenig eine zu einer actio ad exhibendum erweiterte actio in factum, wie Jolly behauptet,[2] einmal weil es heute keine actiones in factum mehr giebt — die ganze Unterscheidung von actiones in jus und in factum passt gar nicht mehr auf unsere Verhältnisse —, ferner weil eine zu einer actio ad exhibendum erweiterte actio überhaupt nicht, weder im römischen noch im heutigen Recht, existirt; die l. 3 § 14 (10. 4), auf welche sich Jolly beruft, spricht nur von der Zulässigkeit einer actio in factum in bestimmten Fällen, wenn mit einer actio ad exhibendum nicht geklagt werden kann, und übrigens geht diese erwähnte Klage nicht auf Herausgabe, sondern nur auf Vorzeigen der Sache,[3] womit dem Kläger wenig gedient wäre. Ausserdem handelt es sich nicht um einen Forderungs-, sondern einen Eigentumsstreit. Jolly geht von der sonderbaren, angeblich «aus der Natur der Sache» sich ergebenden Auffassung aus, dass «der Wechselurkunde die Bedeutung einer Form der Wechselobligation in so eminentem Sinne zukomme, dass sie daneben rechtlich nicht mehr als selbständige körperliche Sache und als mögliches Object einer dinglichen Berechtigung in Betracht kommen könne».[4] Aus der Natur der Orderpapiere erfolgt gerade das Umgekehrte: Die Hauptsache ist das Papier, denn die Forderung lebt nur in dem Papier. Man ist Gläubiger, weil man Eigentümer des Papiers ist, und nicht Eigentümer, weil man Gläubiger der Forderung ist. Jolly fasst Art. 74 nur auf als eine etwas gekünstelte Anwendung seiner eben erwähnten Deduktion.[5] Wie wir gesehen, ist Art. 74 nichts weniger als ge-

---

[2] im Archiv f. Wechselrecht, B. 4 p. 38.

[3] Unger l. c. p. 138 f., Note 4.

[4] Jolly l. c. p. 37.

[5] Jolly l. c. p. 38 unten.

künstelt; er ist nur die laienhafte Fassung eines einfachen juristischen Princips, und gekünstelt ist nur die Deduktion von Jolly selber. Er geht schliesslich so weit, an der Wechselurkunde ein wahres Eigentum schlechthin in Abrede zu stellen.[6] Hiernach wäre also der Wechsel eine Art res nullius, quae vacua sine domino jacet.

Die Klage ist auch keine persönliche Condiction auf Herausgabe des Papiers, wie Kuntze annimmt;[7] von einer persönlichen Klage ist hier gar keine Rede. Kuntze will eine richtige Vindikationsklage beim Wechsel nur zulassen gegen den nicht legitimirten Inhaber; doch ist diese Unterscheidung völlig ungerechtfertigt; auch gegen den legitimirten Inhaber, der dolo oder culpa lata den Wechsel erworben hat, ist eine wirkliche Vindikation zulässig, weil derselbe ebensowenig Eigentümer ist wie der nicht durch eine continuirliche Girokette legitimirte.

Auch die Ansicht Thöls, dass man wohl von einer Vindikation des Papiers, aber nicht der Forderung sprechen könne,[8] ist nicht haltbar. Thöl meint, «der Ausdruck Vindikation sei irreleitend, weil er dem Sachenrecht angehöre und es sich hier um die Bestimmung der Gläubigerschaft bei einer Forderung handle».[9] Er will demgemäss die Inhaber- und Orderpapiere vollständig aus dem Gebiete des Sachenrechts verbannen[10] und gelangt infolgedessen zu diesen seltsamen Argumentationen, wie sie schon hervorgehoben wurden (vgl. oben p. 23). Thöl verkennt vollständig die Natur des Wechsels als Skripturobligation; die Schrift ist ihm einfaches Beweismittel, obwohl die WO. fast in jedem Artikel das Erforderniss des Wechselbriefes betont und nie von der Forderung, sondern immer nur vom Wechsel spricht.

Die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere ist eine

---

[6] Jolly l. c. p. 87.

[7] Kuntze, Das Wechselrecht, 1862, p. 110.

[8] Thöl, Wechselrecht, p. 707.

[9] Thöl, Handelsrecht, p. 700.

[10] Thöl Handelsrecht, p. 698, Note 2, p. 680, Note 3.

schlichte, einfache, wirkliche und völlig unbeschränkte sachenrechtliche Vindikation, also eine wahre Eigentumsklage auf Herausgabe der Sache und Anerkennung des Eigentums. Mit der Urkunde vindicirt der Eigentümer zugleich auch die Forderung, denn dieselbe ist mit der Sache unlöslich verbunden.

Allein da Art. 307 und Art. 74 einen vom römischen Recht sehr erheblich abweichenden Eigentumsbegriff aufstellen, so muss sich hiermit ganz naturgemäss auch eine Modifikation der Eigentumsklage vollzogen haben. Din Natur der Klage bleibt nach wie vor völlig die gleiche; sie ist die Klage des Eigentümers zum Schutze seines Eigentums. So lange derselbe das Eigentum am Inhaber- oder Orderpapier hat, hat er auch die Eigentumsklage, und zwar ohne die geringste «germanischrechtliche» Beschränkung; hat er aber einmal das Eigentum verloren, so verliert er damit ganz natürlicherweise auch die Klage zum Schutze dieses Eigentums. Die Klage ist und bleibt eine wahre Vindikation, aber sie ist nicht mehr die reivindicatio und auch nicht mehr die actio Publiciana des römischen Rechts. Diese Klagen sind Klagen zum Schutze des römischen dominiums, zum Schutze des deutschrechtlichen Mobiliareigentums sind sie nicht zu gebrauchen. Unsere Vindikation ist nur ein Stück der reivindicatio; reivindicatio und actio Publiciana sind gewissermassen zusammengeschmolzen. Eine actio Publiciana braucht man eigentlich gar nicht mehr; denn die Erfordernisse derselben, possessio, justus titulus und bona fides, sind ausreichend, bei Orderpapieren sogar schon mehr als ausreichend, um ein wirkliches, definitives, abgeschlossenes Eigentum zu begründen, und nicht bloss ein werdendes, in der Entstehung begriffenes und nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten als bereits vollendet fingirtes.

Wir begegnen daher in der Doktrin, allerdings nur ganz vereinzelt, dem Bemerken, von einer römisch-rechtlichen Vindikation könne man hier nicht sprechen,[11] während die überwiegende Mehrzahl immer noch von einer wirklichen reivindi-

---

[11] Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 207 unten u. 208.

catio und actio Publiciana spricht.[12] Auch das Reichsgericht behauptet, «die Klage des Art. 306 (307) sei nicht etwa nur eine Publiciana in rem actio, sondern eine reivindicatio», will aber wahrscheinlich damit bloss sagen, dass es sich um eine wirkliche Eigentumsklage handle.

Im französischen Recht wird dies noch viel deutlicher: Vom Eigentümer einer Mobilie kann eine wirkliche reivindicatio in der Regel nicht angestellt werden, sondern nur vom Eigentümer eines Grundstücks,[13] und auch wo sie für Mobilien erhoben wird, ist sie von einer wahren reivindicatio wesentlich verschieden. Eine actio Publiciana giebt es im französischen Recht nicht; der Code civil erwähnt sie mit keiner Silbe. Dass ihre Existenz von manchen behauptet wird, ist nur eine Folge der einseitigen romanistischen Bildung der Juristen und hängt mit einer Eigentümlichkeit des französichen Beweisrechts zusammen.[14] Von den Neueren wird sie absolut geleugnet: la publicienne est inadmissible; elle repose sur la fiction que la prescription est accomplie, bien qu'elle ne le soit pas.[15] Aubry und Rau behaupten: Quant à l'action publicienne, elle n'existe plus chez nous comme action distincte de la revendication.

Für Inhaber- und Orderpapiere muss ihre Existenz ebenfalls geleugnet werden, allerdings abgesehen von dem oben p. 73 f. erwähnten anomalen und mit der germanischen Rechtsanschauung in schroffem Contrast stehenden Fall des Eigentumserwerbs auf Grund eines Putativtitels, besonders eines titulus pro herede. Nach Art. 307 und 74 wird der Malafidebesitzer nicht Eigentümer, aber auch nicht Usukapionsbesitzer, da bona fides ein Erforderniss selbst der ausserordentlichen Ersitzung bildet. Er hat also zu seinem Schutze weder actio Publiciana noch reivindicatio. Für den Bonafidebesitzer ist

---

[12] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 8 p. 337, und die daselbst citirten: Liebe, Renaud, Bluntschli, Koch, Hoffmann, Ladenburg; vgl. auch Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 9 p. 44 ff

[13] Zachariae § 218. Aubry et Rau § 183 p. 108.

[14] Vgl. Zachariae § 218 p. 629, Note 14 (von Dreyer). Aubry et Rau § 219, Note 1.

[15] Laurent l. c., B. 6 Nr. 156.

die Klage keine Publiciana, da Bonafidebesitz (bei Inhaberpapieren in Verbindung mit justus titulus) bereits Eigentum begründet und man deshalb keiner Eigentumsfiktion bedarf; aber auch keine reivindicatio, da das dominium auctoris mitsammt der probatio diabolica gar nicht in Betracht kommt und der Schwerpunkt des Beweises nicht so sehr in dem Nachweise des klägerischen Eigentums liegt als vielmehr in dem Nachweise, dass der Beklagte kein Recht an der Sache habe, weil er sie mala fide oder culpa lata erworben habe. Die Klage hat also eher «eine negative Basis»; es muss vornehmlich nachgewiesen werden, dass der Beklagte nicht Eigentümer sei, während es bei einer römischen reivindicatio für den Kläger nur darauf ankommt, sein Eigentum nachzuweisen, weil sich daraus die natürliche Folge ergiebt, dass der Beklagte nicht Eigentümer der Sache sein könne. Die römische Klage hat also eher «eine positive Basis».[16]

Die Vindikation der Inhaber- und Orderpapiere lässt sich demgemäss im Einzelnen folgenderweise darstellen:

1. Der Klagegrund, also das Recht, aus welchem geklagt wird, ist das Eigentum, d. h. bei Inhaberpapieren Bonaefideibesitz, beruhend auf justus titulus und traditio, bei Orderpapieren Besitz des indossirten Papiers ohne Rücksicht auf den Titel.

2. Die Klageveranlassung ist Vorenthaltung des Besitzes der Sache.

3. Kläger ist der Eigentümer des Papiers, der den Besitz verloren hat.

4. Beweisthema des Klägers:

Der Vindikant muss sein Eigentum beweisen, also seinen gutgläubigen Erwerb. Das Eigenthum seiner Rechtsvorgänger braucht er nicht zu beweisen, da jeder sein Eigentum als ein originäres Recht erwirbt; er braucht also nicht, wie Thöl ironisch bemerkt, die Reihe der Autoren bis zum Papierfabrikanten zu verfolgen.[17] Ausserdem muss aber der Kläger «behaupten und eventuell auch beweisen, dass der Beklagte den

---

[16] Laband l. c. p. 279—281.

[17] Thöl, Handelsrecht, p. 709, Note 27.

Besitz in unredlicher Weise erworben habe».[18] Kann er diesen Beweis nicht führen, so wird er mit seiner Klage abgewiesen, weil hierdurch erwiesen ist, dass Beklagter Eigentümer geworden und infolgedessen das Eigentum des Klägers erloschen sei.

5. Der Beklagte ist der besitzende Nichteigentümer des Papiers, bei Orderpapieren vornehmlich der nicht durch eine continuirliche Girokette legitimirte Besitzer, da derselbe am Papier kein Eigentum erwerben kann (vgl. oben p. 42 f.). Beklagter ist aber nicht bloss der verus, sondern auch der fictus possessor, qui dolo desiit possidere,[19] also der malaefideipossessor, der sich des Papiers entäussert hat, gleichviel er es veräussert oder derelinquirt oder zerstört oder namentlich eingelöst hat — letzteres kommt besonders bei Wechseln und Zinskoupons häufig vor —. Der fictus possessor haftet auf das volle Interesse, quia furtum facit (l. 6 Cod. 6. 2).

Gegen den fictus possessor hat ausserdem der Eigentümer die actio doli, condictio furtiva, condictio furtiva, condictio ex injusta causa, actio negotiorum gestorum, actio ad exhibendum und die einfache condictio sine causa;[20] die actio negotiorum gestorum deswegen, weil der fictus possessor durch das Einkassiren «Geschäfte des dominus besorgt hat, sie für die seinigen haltend».[21]

Beklagter ist jedoch nicht auch, wie Lehmann annimmt, der Remittent, der gutgläubig ein dem Aussteller vor der Begebung abhanden gekommenes Orderpapier erworben hat. Lehmann ist nämlich der Ansicht, dass ein solcher Remittent trotz seines guten Glaubens nicht Eigentümer werde, da

---

[18] Vgl. Brunner in Endemann's Handbuch, B. 2 p. 297 unten u. 208 und Kuntze in Endemann's Handbuch, B. 4 p. 304.

[19] Goldschmidt in seiner Z. f. H., B. 8 p. 340, 342. Renaud l. c. p. 338.

[20] Goldschmidt l. c. p. 340. Jolly l. c. p. 41. Thöl, Wechselrecht, p. 713.

[21] Deshalb schaltet das schweizerische Obligationenrecht Art. 790 hinter den Worten «zur Herausgabe» ein: «des Wechsels, beziehungsweise des Betrages, welchen er durch Einkassirung oder Weiterbegebung empfangen hat».

Art. 74 nur den gutgläubigen Besitzer eines bereits indossirten Wechsels schütze, den Remittenten aber mit Schweigen übergehe.[22] Diese Ansicht ist eine irrige: Der Remittent ist deshalb nicht erwähnt, weil es ganz selbstverständlich ist, dass derselbe auch Eigentümer wird. Es wäre ganz unerhört, dem Remittenten, dessen Legitimation schon aus der Wechselurkunde hervorgeht, den Schutz zu versagen, dem gutgläubigen Indossatar dagegen, der ja nur als Rechtsnachfolger des Remittenten erscheint, die unbeschränkte Verfolgung seines Rechts zu gewähren. Die neue englische WO. von 1882 unterscheidet ebenfalls nicht zwischen dem gutgläubigen Remittenten und dem gutgläubigen Indossatar. Art. 29 bestimmt: Legitimirter «holder» (bonafideholder) ist, wer den Wechsel in gutem Glauben empfing . . ., und unter «holder» versteht sie ausdrücklich den «payee» und den «indorsee», d. h. den Remittenten und den Indossatar.

5. Verteidigung des Beklagten:

Der Beklagte kann sich verteidigen durch sogenannte einfache Negation, d. h. durch Bestreiten des klägerischen Rechts; er behauptet z. B., Kläger sei blosser Depositar oder sei selber Malafidebesitzer. Dann braucht er nichts zu beweisen; denn der Kläger muss seinen Klagegrund beweisen. Ferner kann sich Beklagter verteidigen durch Einreden, namentlich durch die Einrede, dass ihm ein dingliches Recht an der Sache, z. B. ein Pfandrecht, zustehe (exceptio doli); oder er macht ein Restitutionsrecht geltend; oder er behauptet seinerseits, er sei Eigentümer: possideo (bona fide), ergo dominus sum, ma possesion vaut titre. Dann kann der Kläger mit seiner Klage nur durchdringen, wenn er in seiner Replik den Nachweis führt, Beklagter besitze die Sache mala fide oder culpa lata, oder bei Inhaberpapieren, ohne justus titulus. Den Beweis der mala fides kann Kläger bei Orderpapieren auch indirekt führen durch den Nachweis «des Fehlens

[22] Lehmann l. c. p. 172 u. 213. Der Umstand, dass die WO. Art. 74 den Remittenten mit Schweigen übergeht, erscheint Lehmann so wichtig, dass er hierauf seine ganze eigentümliche Wechseltheorie aufbaut. Vgl. gegen ihn Carlin in Goldschmidt's Z. f. H., B. 36 p. 14 ff.

eines ausreichenden Titels, als mögliche Grundlage für den bösen Glauben oder die grobe Fahrlässigkeit des Besitzers».[23]

6. Gegenstand der Klage: Die Klage geht auf Anerkennung des klägerischen Eigentums.

7. Der Zweck der Klage ist die Herausgabe des Papiers cum omni causa, d. h. mit sämmtlichen bezogenen Zinsen und Dividenden.

8. Der Klageantrag lautet:

Der Richter möge erkennen, dass dem Kläger das Eigentum zustehe und daher Beklagter schuldig sei, die Papiere sammt allen bezogenen Zinsen und Dividenden zu restituiren und ihm alle Kosten und Schäden zu ersetzen.

---

[23] Entsch. d. Reichsgerichts, B. 4 p. 149. Der Finder z. B erwirbt stets mala fide. Vgl. Lehmann p. 480 u. 487.